

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

UNIDAD DE POSTGRADO

**Estudio integral de las medidas cautelares en el proceso
civil peruano**

TESIS

para optar el grado académico de Doctor en Derecho

AUTOR

Carlos Antonio Pérez Ríos

Lima – Perú

2010

Agradecimientos:

Gratitud eterna a mi Alma Mater, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos a la que debo todo.

Al Doctor Jorge Isaac Carrión Lugo, mi maestro de los estudios de pre y postgrado, asesor de esta tesis, por su valioso aporte al derecho procesal civil y su labor pionera en la estructuración orgánica y curricular de la Unidad de Post Grado.

A mis alumnos de pre-grado y de las diversas Escuelas de post Grado de las universidades del país porque gracias a ellos, a sus generosos aportes, he podido continuar y avanzar en la noble función docente.

Dedicatoria:

A mi esposa Mirtha por su amor y tolerancia, a mis hijas: Lily, Karla y Valeria por darle sentido a mi vida.

ÍNDICE

Presentación.....	4
PRIMERA PARTE	6
Plan de Tesis	
Aspectos Metodológicos	
SEGUNDA PARTE	29
Aspecto Teórico Doctrinario	
Título Primero	
Teoría Cautelar: Instituciones	
Capítulo 1. La tutela jurisdiccional	32
Capítulo 2. Tutela cautelar	53
Capítulo 3. El proceso	72
Capítulo 4. El proceso cautelar	81
Capítulo 5. La medida cautelar	95
1. Concepto	
2. Presupuestos	
3. Características	
4. Tramitación	
5. Caducidad, cancelación y variación	
6. Clases	
Capítulo 6. La Contracautela	137
Capítulo 7. Órganos de auxilio judicial	149
Título Segundo	
Medidas Cautelares Específicas	
Capítulo 1. Medidas para Futura Ejecución Forzada	159
Subcapítulo 1. El Embargo	162
Subcapítulo 2. El Secuestro	198
Subcapítulo 3. La Anotación De Demanda.....	198
Capítulo 2. Medidas Temporales sobre el fondo	221
Capítulo 3. Medidas Innovativas	250

Capítulo 4. Medidas de no Innovar	287
Capítulo 5. Medidas Autosatisfactivas	302
 TERCERA PARTE	 325
Resultados de la Investigación Empírica	
CUARTA PARTE	337
Aportes de la Investigación a la doctrina	
QUINTA PARTE	354
Conclusiones y Recomendaciones	421
Bibliografía	427
ANEXOS	430

PRESENTACIÓN

La investigación que presentamos ha sido desarrollada según los objetivos formulados a partir del diagnóstico situacional de la teoría, la legislación y el accionar de la judicatura nacional en materia cautelar. Nos ha impulsado fundamentalmente la necesidad de realizar un estudio sistemático e integral de las categorías esenciales de la tutela cautelar, a través de la exégesis normativa, la doctrina procesal cautelar desarrollada por la doctrina italiana, española y latinoamericana, así como la revisión de determinadas resoluciones jurisdiccionales del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

Inscritos dentro de quienes sostienen la trascendencia constitucional de la tutela cautelar y activos militantes en la *batalla por las medidas cautelares* junto al maestro García de Enterría, señalamos sin embargo que la trascendencia y virtudes de la tutela cautelar como un *tertium genus* junto a la tutela cognitoria y ejecutiva quedan desacreditadas *cuando* las medidas cautelares son dictadas sin la adecuada ponderación y con la ausencia de los presupuestos constitutivos; la tutela cautelar se convierte así en instrumento de lesión y agravio, en arma peligrosa y extorsiva, deslegitimándola socialmente, distorsionando gravemente sus propósitos preventivos, y de garantía de la eficacia de las otras manifestaciones de la tutela jurisdiccional.

Estudiamos de manera especial las medidas cautelares anticipatorias, conocidas en la legislación nacional como medidas temporales sobre el fondo, porque hasta el momento no existe una cabal comprensión respecto a naturaleza y alcances siendo a menudo confundidas y tratadas como medidas cautelares genéricas e incluso como innovativas. Complica el panorama descrito, los cuestionamientos provenientes de un sector de la doctrina latinoamericana que no les reconoce naturaleza cautelar; la doctrina y legislación brasilera lidera esta posición.

Asimismo nos hemos preocupado por delinear las características centrales de las medidas innovativas y de no innovar con la finalidad de evitar confusiones habituales, particularmente, entre las primeras y las temporales sobre el fondo,

por tener en común efectos transformativos. Por lo demás en el estudio de cada una de las medidas cautelares específicas se hace referencia a la legislación extranjera, antecedentes históricos y a las instituciones procesales afines como es el caso de las inhibiciones, las injunctions y los référée.

Por último examinamos las medidas provisionales de urgencia desprovistas de instrumentalidad, como es el caso de las medidas autosatisfactivas, intensamente promovidas a partir de las preocupaciones académicas de destacados procesalistas argentinos como Jorge Walter Peyrano, Augusto Morello, entre otros; incluso ya cuentan con regulación normativa como en las provincias de Santa Fe, y el Chaco. En nuestro país, esta preocupación temática es incipiente, no obstante, ya la Ley N° 28457 que regula la filiación paterna extramatrimonial constituye la introducción y vigencia de un mecanismo propio de la tutela de urgencia con elementos autosatisfactivos.

Por las consideraciones señaladas, la tesis está dividida en cinco partes: *La primera* contiene el plan de tesis y en general, los aspectos metodológicos; *la segunda* está destinada al desarrollo de los contenidos teórico-doctrinarios a través de cinco títulos, en los que, respectivamente, son abordados: las instituciones de la tutela cautelar, las medidas para futura ejecución forzada, medidas temporales sobre el fondo, medidas innovativas, medidas de no innovar y las medidas autosatisfactivas; *la tercera* parte contiene una aproximación empírica a determinados aspectos concretos de la investigación a través de encuestas a un número representativo de abogados de Lima; *la cuarta* parte contiene los aportes de la investigación a la doctrina; y finalmente en *la quinta parte* presentamos las conclusiones y recomendaciones.

La tesis queda a consideración de ustedes, esperando contar con su amable aceptación y tolerancia académica.

EL AUTOR

PRIMERA PARTE

PLAN DE TESIS

ASPECTOS METODOLOGICOS

ESTUDIO INTEGRAL DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. DIAGNOSTICO DEL PROBLEMA.

Definición del problema:

La tutela jurisdiccional en su expresión ordinaria o común se expresa a través de las tutelas de cognición ejecutiva y cautelar, conocidas también como tutelas restaurativas. A partir de los estudios sistemáticos de Piero Calamandrei se ha sentado las bases de la tutela jurisdiccional cautelar con muchos cuestionamientos en sus primeros momentos, hasta lograr en los tiempos actuales mayores niveles de consenso doctrinario y normativo como un *tertium genus* junto a las tutelas cognitoria y ejecutiva. No obstante, el desarrollo y construcción de las instituciones centrales de la tutela cautelar aún reclaman la intervención y el aporte de la doctrina; subsisten comprensibles y naturales disentimientos que justifican nuestra preocupación académica.

Descripción del problema

En el ámbito nacional, la doctrina cautelar aún está por elaborarse, sin que ello signifique negar importantes, pero aislados esfuerzos académicos desplegados hasta hoy. La legislación nacional es incongruente e insuficiente en muchos aspectos lo que dificulta el accionar de la judicatura y de los justiciables; desde otra perspectiva, esta situación es una variable que da lugar a situaciones patológicas que desacreditan las ventajas de esta tutela preventiva, y al mismo tiempo, atenta contra la respetabilidad de la función jurisdiccional.

Además de lo señalado, son situaciones problemáticas específicas que motivan el presente estudio, las siguientes: Las graves implicancias de la tramitación *inaudita altera pars* de las medidas cautelares cuando éstas son dictadas sin la adecuada ponderación e inconcurrencia de los demás presupuestos constitutivos; los propósitos preventivos de la tutela cautelar, en este escenario, se convierten en instrumentos de lesión y agravio. Debe destacarse además que el tratamiento de este tema en la legislación comparada no es homogéneo. Del mismo modo, se configura como una situación problemática, la poca relevancia que en sede jurisdiccional se otorga a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento, siendo el uso desproporcionado de la caución juratoria la evidencia más clara de tal actitud, requiriéndose por consiguiente la urgente la adopción de decisiones legislativas orientadas a replantear la temática contracautelar.

Particular atención merecen la medidas cautelares anticipatorias, conocidas en la legislación nacional como medidas temporales sobre el fondo, cuya situación problemática radica en el hecho de no existir hasta el momento una cabal comprensión respecto a los alcances de las mismas, siendo confundidas y tratadas en muchos casos como medidas cautelares genéricas e incluso como innovativas. Complica el panorama los cuestionamientos que desde un sector de la doctrina se dirigen contra estas medidas, negándoseles naturaleza cautelar; en la legislación brasilera, por ejemplo, estas medidas están reguladas actualmente dentro del proceso cognitorio.

Otra de las situaciones problemáticas es la referida al tratamiento doctrinario, normativo y judicial de las medidas de no innovar y las innovativas. En el primer caso interesa destacar su finalidad conservativa y la trascendencia que este atributo reviste para la eficacia de la decisión final. En el caso de las medidas innovativas la situación problemática se manifiesta en las dificultades derivadas de su relación y semejanza con las

medidas temporales sobre el fondo por tener en común efectos transformativos.

Finalmente merece nuestra preocupación, el desarrollo de nuevas propuestas doctrinarias que a partir de la tutela cautelar ha avanzado hacia posiciones cada vez más desprovistas de instrumentalidad que en esencia se convierten en medidas provisionales de urgencia destinadas a solucionar el reclamo de tutela judicial efectiva de manera rápida, sin requerir la posterior promoción de un nuevo proceso. Estas medidas, bajo la denominación de medidas autosatisfactivas vienen siendo intensamente promovidas a partir de las preocupaciones académicas de destacados procesalistas argentinos como Jorge Walter Peyrano, Augusto Morello, entre otros; incluso ya cuentan con regulación normativa como en las provincias de Santa Fe, y el Chaco. En nuestro país, esta preocupación temática es incipiente, no obstante, ya la Ley N° 28457 que regula la filiación paterna extramatrimonial constituye la introducción y vigencia de un mecanismo propio de la tutela de urgencia con elementos autosatisfactivos.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA (Preguntas de investigación).

El problema de investigación puede ser formulado a través de las siguientes interrogantes:

Problema principal.

¿Las instituciones, principios y doctrina que sustentan la tutela cautelar, han alcanzado un alto grado de desarrollo y consolidación en el ámbito jurídico nacional?

Problemas secundarios:

1. ¿Los órganos jurisdiccionales otorgan la debida relevancia a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento? ¿Existe un accionar jurisdiccional responsable frente al uso de la caución juratoria?

2. Las medidas cautelares temporales sobre el fondo son tratadas, por jueces y abogados patrocinantes de acuerdo con su naturaleza y finalidad o como medidas cautelares innovativas?
3. ¿La doctrina y la Judicatura nacional ha efectuado pasos importantes en el tratamiento y comprensión cabal de las medidas innovativas y de no innovar?
4. ¿Las medidas autosatisfactivas como una de las expresiones de la tutela de urgencia en la actualidad son suficientemente conocidas por abogados jueces y profesores universitarios o son confundidas con determinadas manifestaciones cautelares?

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo general

Estudiar y determinar desde una perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial cual es el grado de desarrollo alcanzado por la tutela cautelar civil.

1.3.2. Objetivos específicos:

- 1.3.2.1** Determinar el estado de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre las instituciones que integran la temática cautelar. En este contexto interesa relevar el trascendente rol de la tutela cautelar como tutela preventiva.
- 1.3.2.4** Conocer la postura de los órganos jurisdiccionales respecto a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento.
- 1.3.2.5** Estudiar los criterios de diferenciación, naturaleza jurídica, particularidades y semejanzas entre las medidas cautelares temporales sobre el fondo y las medidas innovativas.

1.3.2.6 Determinar cuál es el tratamiento que los jueces y abogados patrocinantes confieren a medidas cautelares innovativas y de no innovar.

1.3.2.7 Estudiar las características de las medidas autosatisfactivas como una de las expresiones de la tutela de urgencia y determinar el grado de conocimiento y vigencia de aquellas en nuestra legislación.

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

El presente estudio se justifica por el hecho de que hasta el momento no se ha realizado un estudio integral de las medidas cautelares en el proceso civil peruano; la doctrina nacional está aún por desarrollarse. Se han efectuado estudios predominantemente exegéticos y entre estos son limitados los estudios que describen y correlacionan las múltiples variables que permiten tener un conocimiento más acabado y sistematizado de las medidas cautelares y del proceso mismo.

La investigación que realizamos pretende suplir en alguna medida la deficiencia advertida desde una concepción holística, no se limitará únicamente a efectuar el diagnóstico actual de la doctrina cautelar, sino que además abordará desde una visión crítica el estudio de la normatividad y la jurisprudencia nacional relevante proponiendo la correspondiente enmienda legislativa si el caso lo requiera.

Trataremos de establecer cuál es el estado de la normatividad cautelar civil nacional, respecto a la legislación procesal extranjera, en particular respecto a los países latinoamericanos, tratando de explicar las razones de determinados matices y diferencias en el tratamiento de temas específicos.

Finalmente, debemos declarar que optamos por la temática cautelar como tema de tesis doctoral, además de las motivaciones de índole profesional y académico, por una razón de orden personal institucional: mi actividad docente por más de tres lustros en esta mi Casa de Estudios, precisamente en el dictado del curso: Derecho procesal Civil II: procesos de ejecución, procesos cautelares y procesos no contenciosos. Ello explica nuestra

preocupación y vinculación permanente con la temática cautelar, que nos ha impulsado a aportar en la explicación de determinados problemas fundamentales de la tutela cautelar.

1.5. DELIMITACIÓN:

1.5.1. Temática

La investigación tiene como objeto de estudio a la tutela cautelar civil; no comprende a la tutela cautelar penal, laboral ni constitucional, no obstante estar regidas por los mismos fundamentos; sin embargo, estableceremos algunas aproximaciones sobre estas áreas.

1.5.2. Temporal

Las medidas cautelares y en general el proceso cautelar civil es estudiado a partir de la vigencia del Código Procesal Civil hasta la fecha. El ámbito temporal por consiguiente comprende los dieciséis años de vigencia del mencionado cuerpo normativo.

1.5.3. Espacial - institucional

La recolección de información documental está circunscrita a las resoluciones cautelares dictadas por los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Lima y las Salas Casatorias de la Corte Suprema, así como a determinadas sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La principal limitación de la presente investigación está referida al desarrollo aún incipiente de la doctrina nacional que no nos permite tener referentes teóricos para optar por una u otra postura propia de nuestra realidad. Sin embargo, esta circunstancia adversa es contrarrestada con el estudio de decisiones jurisdiccionales emblemáticas dictadas por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

2. MARCO TEORICO:

2.1. ANTECEDENTES

El tema cautelar en el país ha merecido el esfuerzo y dedicación de algunos estudiosos habiendo sido objeto de algunos trabajos bibliográficos e investigaciones predominantemente jurídico formales como tesis para la obtención del grado de magister.

Entre los trabajos bibliográficos caben mencionar los siguientes: Estudios descriptivos del proceso cautelar han sido realizados por algunos autores como Juan Monroy Gálvez “Temas del Proceso Civil”; Hernández Lozano Carlos “Proceso Cautelar”; Martín Hurtado Reyes: “Apuntes de las medidas cautelares”; Juan José Monroy Palacios: “Bases para la formación de una teoría cautelar”; Marcela Montenegro Cannon: “La cautela en el proceso civil peruano”

En la Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, se han efectuado importantes investigaciones conducentes a la obtención del grado académico de magíster. Entre las tesis de maestría que tuvimos la oportunidad de asesorar figuran las siguientes “Cautela y contracautela en el proceso civil” a cargo de Juvenal Gallardo Miraval, “Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil” sustentada por Rolando Martel Chang¹ y “Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, problemas, análisis y alternativas” a cargo de Javier Eduardo Jiménez Vivas.

Cada una de las investigaciones realizadas aborda una temática especial del proceso cautelar. La primera tesis limita su objeto de estudio fundamentalmente a la contracautela no sin antes desarrollar las instituciones básicas de las medidas cautelares; la segunda tesis está referida a la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil como una expresión concreta de la tutela de urgencia, parte de un diagnóstico general de las medidas cautelares para llegar a demostrar la

¹ En la tesis el autor propone sus ideas centrales sobre las medidas autosatisfactivas, luego de desarrollar los aspectos centrales de las medidas cautelares.

necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento procesal civil las medidas autosatisfactivas; la última tesis estudia la dinámica de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo, destacando las limitaciones legislativas y la falta de desarrollo doctrinario sobre el particular.

La investigación que planteamos tiene un propósito diferente, nos proponemos efectuar el estudio teórico, doctrinario y exegético de las medidas cautelares y el proceso cautelar en su conjunto. Desde una perspectiva descriptiva, causal y exploratoria examinaremos cada una de las instituciones propias de las medidas y el proceso cautelar. Efectuaremos el análisis de las ejecutorias supremas casatorias y del Tribunal Constitucional sobre el tema cautelar para establecer cuáles son las tendencia y orientaciones predominantes en la Corte Suprema y en otros niveles de la judicatura.

La investigación que nos proponemos llevar adelante pretende establecer un diagnóstico integral de la doctrina y la legislación cautelar en consonancia con la legislación extranjera y la jurisprudencia. No se ha efectuado hasta la fecha una investigación bajo estos parámetros.

2.2. BASES TEÓRICAS

Las bases teóricas relacionadas con el problema de estudio son fundamentalmente aquellas que sustentan cinco grandes ejes temáticos:

a) Las doctrinas que desarrollan la naturaleza jurídica y trascendencia de la función jurisdiccional y el debido proceso, comprendidos en torno al instituto integrador: la tutela jurisdiccional efectiva.

La jurisdicción es estudiada a través de las diversas teorías entre las que destacan la teoría orgánica, la teoría subjetiva, la teoría objetiva de Carnelutti, Calamandrei y Redenti; la teoría de la sustitución de Chiovenda, Antonio Segni y Salvatore Satta.

Los estudios sobre el debido proceso admitido universalmente como un derecho humano fundamental de naturaleza procesal, son referente doctrinario trascendental que nos permite comprender la importancia de su observancia irrestricta como complemento esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El debido proceso como sabemos es el derecho humano fundamental conforme al cual toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas, destinadas a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, para lo cual debe permitírsele el derecho a ser oído y hacer valer sus pretensiones ante un juez natural, debidamente asesorado o defendido, garantizándosele al mismo tiempo su derecho a probar, a impugnar como medio para acceder a la instancia plural.

b) Las teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del proceso; entre las que destacan: la teoría del contrato, teoría del cuasi contrato; teoría de la relación jurídica (Hegel, Bülow), teoría de la situación (Godschmidt), teoría de la institución (Guasp). Del mismo modo se considera como referentes teóricos a las escuelas, corrientes o doctrinas que tratan de determinar la finalidad del proceso.

c) Consideramos como base teórica importante los estudios realizados tanto por autores alemanes, italianos, españoles como por los latinoamericanos, con el propósito de determinar los alcances de las decisiones o resoluciones cautelares denominadas por la doctrina mayoritaria como medidas cautelares.

d) El tema de la tutela jurisdiccional cautelar, el proceso y las medidas cautelares, desde las primeras décadas del siglo pasado ha merecido la atención cada vez más intensa de la doctrina procesal. Como lo destaca Salvatore Satta, la tutela cognitoria fue la que mereció los estudios más intensos, frondosos de los doctrinarios en primeros momentos del despertar del procesalismo científico; la tutela satisfactiva o ejecutiva mereció la preocupación y atención de la doctrina en un segundo lugar. La tutela cautelar, fue la última, a tal punto que en las primera décadas del siglo XX

aún no se le reconocía tal status, estaba considerada como un mero complemento de la tutela declarativa o cognitoria y de la ejecutiva. Fueron los estudios de Chiovenda y en particular de Piero Calamandrei los que le permitieron contar con una sistematización teórica, y el ulterior reconocimiento como *tertium genus*. Estudios posteriores profundizaron aún más tales estudios pioneros. No obstante aún subsisten tareas pendientes para la doctrina y la legislación.

e) Un último referente teórico lo constituyen las preocupaciones teóricas respecto a la positivización de las denominadas medidas autosatisfactivas, postuladas como creaciones modernas, siendo que tienen sus antecedentes en las providencias de urgencia normadas como tales en el ordenamiento procesal italiano. Lo trascendente en estas posiciones es su propósito de arribar a opciones procesales que otorguen satisfacción pronta y oportuna, sin requerir el auxilio de las medidas cautelares ni la necesidad de iniciar procesos cognitorios posteriores. En la era de la informática que ha revolucionado las diversas áreas del conocimiento humano, el derecho no es la excepción, el requerimiento de nuevas formas de tutela jurisdiccional (tutelas diferenciadas) constituyen tema de orden del día en la agenda procesal.

2.3. MARCO CONCEPTUAL (Definición de términos básicos)

Constituyen el marco conceptual dentro del cual desarrollaremos la estructura y contenidos teóricos de la investigación, así como los demás componentes de la misma; la tutela jurisdiccional efectiva, la tutela cautelar, el debido proceso, el proceso en general y el proceso en particular y las medidas cautelares a través de sus diversas variables.

El marco normativo esencial está referido a los preceptos constitucionales que regulan la función y tutela jurisdiccional, así como los derechos que integran ambos conceptos. Del mismo modo, configuran nuestro marco legislativo específico las normas contenidas en el código procesal civil y las normatividad extranjera.

2.3.1. La tutela jurisdiccional efectiva.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho autónomo que se dinamiza con la postulación de la pretensión de quien se considera vulnerado en sus derechos en general o intereses, incluyendo entre estos a los colectivos, difusos o de grupo. Con relación a los otros derechos humanos, el derecho a la tutela judicial efectiva es una garantía.

La tutela jurisdiccional efectiva, gracias a los aportes del derecho constitucional y de la teoría general del proceso puede conceptualizarse como aquel mecanismo de protección de los derechos fundamentales en virtud del cual toda persona está legitimada para reclamar ante los órganos jurisdiccionales, permanentemente y en todo lugar, mediante los procedimientos preestablecidos, por sí misma o en representación de otra, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. La tutela jurisdiccional es en sí misma un derecho humano esencial.

El derecho a la tutela jurisdiccional representa la síntesis de lo más avanzado en el desarrollo de las teorías que explican la naturaleza, finalidad, evolución y trascendencia de la función jurisdiccional; así como las elaboraciones teórico-doctrinarias sobre el derecho de acción como el derecho a poner en funcionamiento el aparato estatal para la protección de determinado interés, postulado como pretensión.

2.3.2. La tutela jurisdiccional cautelar

La tutela jurisdiccional cautelar como una de las manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva anuncia y prepara la realización de las otras tutelas jurisdiccionales (cognitoria y ejecutiva o satisfactiva) con el propósito de asegurar anticipadamente el más eficaz rendimiento práctico de éstas. Por ello sostenemos que está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional que deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho.

La doctrina contemporánea es pacífica en torno al reconocimiento de la tutela cautelar como un *tertium genus* junto a la tutela cognitoria y la ejecutiva o satisfactiva; reconociendo las particularidades que presenta en relación a éstas. Determinado nivel de disensos aún subsiste en torno al tratamiento de las medidas cautelares específicas, el procedimiento cautelar *inaudita altera pars*, la contracautela. Por lo demás no todas las legislaciones asignan un capítulo o sección especial al proceso cautelar; muchas aún las regulan de manera dispersa incluyéndolas en el tratamiento normativo de pretensiones específicas.

2.3.3. El debido proceso

Constituye una de las bases fundamentales de la tutela jurisdiccional efectiva. La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de delinear su actual configuración naturaleza y alcances como un derecho humano fundamental, consustancial a todo Estado democrático. Es un derecho humano fundamental de naturaleza procesal conforme al cual toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas, destinadas a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, para lo cual debe permitírsele el derecho a ser oído y hacer valer sus pretensiones ante un juez natural, debidamente asesorado o defendido, garantizándosele al mismo tiempo su derecho a probar, a impugnar como medio para acceder a la instancia plural.

2.3.4. Proceso cautelar

El proceso cautelar de naturaleza civil es aquel proceso contencioso cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia² de una decisión jurisdiccional dictada en proceso contencioso o no contencioso; a través de medidas asegurativas, conservativas o anticipatorias (coincidentes o no con la pretensión principal).

Toda medida cautelar está *"destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva."* así lo establece el artículo 608 del CPC. Desde una perspectiva dinámica la expresión proceso cautelar se usa para indicar el fenómeno el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil cuando ésta se dirige a emitir decisiones cautelares.

2.3.5. Medidas cautelares

Son resoluciones dictadas por el juez para garantizar la eficacia de la sentencia a expedirse en el proceso cautelado, sea éste cognitorio, de ejecución e incluso no contencioso; se materializan a través de las medidas asegurativas, conservativas y transformativas.

2.3.6. Las medidas cautelares para futura ejecución forzada

Son aquéllas cuyo propósito es asegurar la ejecución; es decir afectar algún bien o derecho del ejecutado para el momento en que tenga que procederse a la realización coactiva del derecho contenido en una sentencia o en un título ejecutivo sometido a ejecución judicial. Estas medidas en nuestra legislación y por lo general en la legislación extranjera son: el embargo, el secuestro y la anotación de demanda conocida también como anotación de litis.

² Según el Diccionario de la Lengua Española, editado por la RAE, es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

2.3.6.1. Embargo

Se llama a la afectación, por orden judicial, de uno o varios bienes del deudor; o presunto deudor, al pago del crédito sobre que versa la ejecución o de un crédito que se reclama o ha de ser reclamado en un proceso de conocimiento.

El embargo cumple, en cierto sentido, un papel semejante al de la afectación convencional de determinados bienes emergentes de la constitución de un derecho real de garantía (hipoteca, prenda), pero la característica que fundamentalmente lo distingue de esa situación consiste en que aquél requiere, ineludiblemente, una resolución judicial.

2.3.6.2. El secuestro

El secuestro es una medida cautelar específica que tiene finalidad asegurativa y cuya manifestación inmediata consiste en el desapoderamiento del bien respecto del obligado. La finalidad asegurativa se manifiesta, por un lado, en la preservación de un bien determinado cuya propiedad o posesión discuten las partes en un proceso cognitorio; y por el otro, tal finalidad se concreta en el aseguramiento o garantía del cobro de determinada acreencia, reclamada en un proceso de ejecución, sólo en este supuesto el secuestro es una medida para futura ejecución forzada.

2.3.6.3. La anotación de demanda

Según nuestra legislación es una de las modalidades de las medidas cautelares para futura ejecución forzada. Es conocida también como *anotación de litis*, tiene como finalidad asegurar la publicidad de los procesos sobre bienes muebles o inmuebles inscritos para que las sentencias que se dicten en tales procesos puedan ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso; por consiguiente la anotación de demanda en el registro tiene como única finalidad advertir al posible comprador del bien que en caso el titular de de éxito del actor en el proceso tendrá que

enfrentar el pronunciamiento y someterse al efecto de la anotación.

2.3.7. Medida cautelar temporal sobre el fondo

Son decisiones cautelares que se traducen en la ejecución anticipada, parcial o total, de lo que se va a decidir en la sentencia, éste es el atributo que las diferencia de aquellas medidas que se disponen para garantizar o asegurar la ejecución posterior de una sentencia condenatoria. También son conocidas como medidas provisionales de seguridad; no están destinadas a garantizar derechos de crédito sino prestaciones de otra naturaleza; como ya se dijo, van más allá del simple aseguramiento para ejecución forzada, producen el efecto de una satisfacción anticipada de la pretensión misma.

2.3.8. Medida cautelar innovativa

La medida cautelar innovativa es una decisión jurisdiccional cautelar excepcional dictada para restablecer el estado de hecho o de derecho que fue alterado por un acto arbitrario e ilegal. La decisión cautelar implica, por consiguiente, una modificación o cambio de la actual situación vulneratoria de los derechos del actor (*situación A*) por la situación fáctico-jurídica anterior de integridad de sus derechos (*situación B*).

2.3.9. Medida cautelar no innovativa

Es una medida cautelar excepcional que tiene por finalidad conservar la situación de hecho o de derecho existente al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Se concede sólo ante la inminencia de un perjuicio irreparable y cuando no resulta aplicable otra medida prevista en la ley; tiene por consiguiente un rol subsidiario al igual que la medida innovativa. Sus efectos se traducen en la preservación del *status quo*, es decir, la conservación de un estado de cosas y la seguridad de los bienes comprendidos en el litigio, mientras el proceso se desarrolla y decide con la finalidad de evitar que el derecho del vencedor resulte de imposible cumplimiento, dañado o menoscabado por

los cambios o alteraciones introducidas durante el curso del proceso.

2.3.10 Proceso urgente

Constituye una categoría amplia caracterizada por la necesidad de proporcionar respuestas jurisdiccionales prontas y expeditas a determinadas situaciones cuya solución no admite demoras³. El proceso urgente – explica Jorge Peyrano - sirve para abarcar otras situaciones en las cuales el factor tiempo posee especial trascendencia. Así la expresión proceso *urgente* reconoce, las siguientes especies: a) proceso cautelar clásico, b) medidas autosatisfactivas, y c) tutela anticipatoria.

2.3.11. Medidas autosatisfactivas

Las medidas autosatisfactivas constituyen un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable, no siendo necesario iniciar proceso ulterior para evitar su caducidad o decaimiento. Las medidas autosatisfactivas representan “Una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis* que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal”⁴. En efecto, como lo precisa brillantemente Jorge Peyrano, *todo lo cautelar es urgente, pero no todo lo urgente es cautelar*.

3. HIPOTESIS Y VARIABLES:

3.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL

La doctrina y la legislación nacional evidencian un desarrollo incipiente de las diversas instituciones de la temática cautelar, puede incluso afirmarse que no existe una doctrina procesal general. Existen esfuerzos aislados de

³ Conclusiones del X Congreso Provincial de Derecho Procesal de Santa Fe, Argentina, agosto 1996

⁴ Tal es la conclusión a la que arribó el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Corrientes en agosto de 1997.

algunos tratadistas que han efectuado importantes estudios descriptivos a partir de la legislación.

3.2. HIPÓTESIS SECUNDARIAS:

3.2.1. Los órganos jurisdiccionales no otorgan la debida relevancia a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento, situación que se evidencia en el uso desmedido de la caución juratoria.

3.2.2. Las medidas cautelares temporales sobre el fondo no son tratadas de acuerdo con su naturaleza y finalidad frecuentemente son confundidas con las medidas innovativas.

3.2.3. No obstante ser deficitaria las elaboraciones doctrinarias en el país respecto a las medidas innovativas y de no innovar, es la Judicatura nacional la que viene dando importantes pasos en su tratamiento y comprensión cabal.

3.2.4. Las medidas autosatisfactivas como una de las expresiones de la tutela de urgencia no son suficientemente conocidas en el ámbito jurídico nacional: abogados y jueces las conciben como medidas cautelares especiales.

3.3. VARIABLES E INDICADORES (Operacionalización):

Hipótesis principal	Variable	Indicadores
La doctrina procesal evidencia un desarrollo incipiente de las diversas instituciones de la temática cautelar, puede incluso afirmarse que no existe aún una doctrina procesal cautelar general. Existen esfuerzos aislados de algunos tratadistas que han efectuado importantes estudios descriptivos a partir de la legislación.	1) Estado de la doctrina nacional.	<ol style="list-style-type: none"> 1. La doctrina en materia cautelar es incipiente. 2. Los estudios efectuados son predominantemente descriptivo- exegéticos. 3. Los esfuerzos realizados son asimilaciones directas de la doctrina extranjera.

Hipótesis secundaria 1	Variable	Indicadores
Los órganos jurisdiccionales no otorgan la debida relevancia a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento, situación que se evidencia en el uso desmedido de la caución juratoria.	Tratamiento jurisdiccional de la contracautela	<ol style="list-style-type: none"> 1. Es fijada con criterio prudencial de acuerdo con el principio de proporcionalidad. 2. La contracautela que se fija es desproporcionada: no guarda relación con la naturaleza y magnitud de la medida cautelar dictada. 3. Se hace un uso desmedido de la caución juratoria.

Hipótesis secundaria 2	Variable	Indicadores
Las medidas cautelares temporales sobre el fondo no son tratadas de acuerdo con su naturaleza y finalidad frecuentemente son confundidas con las medidas innovativas.	Grado de conocimiento de las medidas temporales sobre el fondo.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Son tratadas como medidas cautelares genéricas. 2. Son tratadas como medidas cautelares innovativas. 3. Son concedidas regularmente de acuerdo con su naturaleza y finalidad prevista en el CPC.

Hipótesis secundaria 3	Variable	Indicadores
No obstante ser deficitaria las elaboraciones doctrinarias en el país respecto a las medidas innovativas y de no innovar, es la Judicatura nacional la que viene dando importantes pasos en su tratamiento y comprensión cabal.	Grado de conocimiento de las medidas innovativas y de no innovar	<ol style="list-style-type: none"> 1. Son poco conocidas, y otorgadas como medidas cautelares genéricas. 2. Son suficientemente conocidas y utilizadas según su naturaleza y finalidad. 3. Son frecuentemente confundidas con las medidas temporales sobre el fondo. 4. Son ordenadas sin considerar su carácter excepcional.

Hipótesis secundaria 4	Variable	Indicadores
Las medidas autosatisfactivas como una de las expresiones de la tutela de urgencia no son suficientemente conocidas en el ámbito jurídico nacional: abogados y jueces, las conciben como medidas cautelares especiales.	Conocimiento de las medidas autosatisfactivas en el ámbito nacional.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Conocimiento suficiente y adecuado. 2. Conocimiento incipiente. 3. Son confundidas frecuentemente con otras medidas cautelares.

4. ESTRATEGIA METODOLOGICA

4.1. Tipo y diseño de investigación.

4.1.1. Tipo de investigación:

La investigación que realizaremos es naturaleza *descriptiva-explicativa* puesto que además de analizar la temática cautelar de modo integral: naturaleza jurídica, taxonomía, alcances, normatividad nacional y extranjera; también pretendemos explicar las causas que determinan el manejo inadecuado de algunas medidas cautelares tanto por los abogados como por los jueces, así como ciertas regulaciones defectuosas e insuficientes de algunos institutos.

4.1.2. Diseño:

El diseño de la investigación corresponde a una investigación no experimental, retrospectiva (ex post-facto) porque además de analizar nuestro objeto de estudio en la forma indicada tratamos de determinar las relaciones entre las diversas variables planteadas, a partir del estudio de la doctrina la legislación y el análisis de resoluciones judiciales de diverso nivel funcional.

4.2. Universo – muestra

La investigación que desarrollamos no tendrá carácter jurídico sociológico sino jurídico formal con determinado grado de auscultación de la realidad a través del análisis de determinadas resoluciones jurisdiccionales e incluso del Tribunal Constitucional, respecto a las instituciones cautelares objeto de análisis, luego nuestro universo está constituido por la temática cautelar civil desde una perspectiva doctrinaria, normativa y jurisprudencial.

Sin embargo, las hipótesis planteadas serán contrastadas de modo referencial a través de la correspondiente medición de los indicadores, para cuyo efecto se encuesta a 500 abogados patrocinantes, 60 magistrados civiles y 30 docentes universitarios que cumplen funciones en la ciudad de Lima.

4.3. Técnicas de recolección de información

La técnica de recolección de información predominante estará basada fundamentalmente en la recopilación documental: resoluciones cautelares emblemáticas, para efectuar el respectivo enfoque cualitativo de *Análisis de Contenido* conocido también en las investigaciones jurídicas como *estudio de casos*; complementariamente se utilizará otras técnicas de recolección de información como el cuestionario, si fuere el caso.

4.4. Instrumentos de recolección de información

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constan de modo sistemático las variables con sus correspondientes indicadores; este instrumento de recolección de información nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

4.5. Técnicas de análisis e interpretación de datos.

Para el análisis e interpretación de los datos obtenidos emplearemos los siguientes métodos:

1. Análisis y síntesis
2. Inducción deducción
3. Comparación.
4. Histórico.

5. FUENTES DE INFORMACION

Las fuentes de información están constituidas los libros, revistas, tesis sobre la temática cautelar así como las resoluciones judiciales cautelares y del Tribunal Constitucional además de las encuestas con las que efectuaremos la medición de nuestros indicadores.

6 APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA, A LA TEORÍA, A LA LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

8. BIBLIOGRAFIA

SEGUNDA PARTE

ASPECTO TEORICO DOCTRINARIO

TITULO PRIMERO

TEORIA CAUTELAR: INSTITUCIONES

Capítulo 1. La tutela jurisdiccional

Capitulo 2. Tutela cautelar

Capitulo 3. El proceso

Capitulo 4. El proceso cautelar

Capitulo 5. La medida cautelar

1. Concepto

2. Presupuestos

3. Características

4. Tramitación

5. Caducidad, cancelación y variación

6. Clases

Capitulo 6. La Contracautela

Capitulo 7. Órganos de auxilio judicial

TITULO PRIMERO

LA TUTELA JURISDICCIONAL

Sumario: 1. Tutela jurisdiccional: 1.1. Concepto, 1.2. Delimitación, 1.3. Naturaleza jurídica, 1.4. Legislación supranacional; 2. El derecho al debido proceso, 2.1. Antecedentes, 2.2. Manifestaciones y evolución, 2.3. Concepto, 2.4. Conformación.

La tutela jurisdiccional

1.1. Marco conceptual

La tutela jurisdiccional es el mecanismo de protección, defensa o amparo de los derechos e intereses en virtud del cual todo sujeto de derecho está legitimado para reclamar, por sí mismo o en representación de otro, ante los órganos jurisdiccionales la protección inmediata de sus derechos cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o de un particular.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano que se materializa en el ámbito procesal. Tiene una función trascendente respecto a los otros derechos humanos, porque permite la exigibilidad de estos ante un órgano del Estado, que debe caracterizarse por su imparcialidad, idoneidad y transparencia, mediante procedimientos previamente establecidos en las leyes.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho autónomo que se dinamiza con la postulación de la pretensión de quien se considera vulnerado o amenazado en sus derechos en general o intereses, incluyendo entre estos a los colectivos, difusos o de grupo. Es autónomo porque su ejercicio no está supeditado a la existencia del derecho o interés cuya protección se reclama.

Jesús Gonzales Pérez considera que “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.”⁵

Los diversos medios que el Estado ha previsto para reaccionar (de oficio o a pedido de parte) contra el quebrantamiento del derecho objetivo, constituyen lo que se puede denominar garantía jurisdiccional de las normas jurídicas. Sobre el particular Piero Calamandrei, sostiene que es preferible emplear como denominación de garantía jurisdiccional, porque la palabra garantía lleva siempre consigo la idea de un remedio, de una defensa, de una extrema ratio destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un primer momento y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía.⁶

En esa perspectiva, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones, cuando se produce el rechazo *liminar* de una demanda invocándose una causal de improcedencia impertinente; con el rechazo de un recurso ordinario o extraordinario; con la aplicación de la reforma en peor; y con la modificación de los términos de la sentencia con ocasión de su ejecución, o con su inejecutabilidad, esto es, el incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada.

Debe tenerse presente que la violación del derecho a la tutela judicial efectiva implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental. El artículo 37º del Código Procesal Constitucional otorga al Derecho a la Tutela procesal efectiva el status de derecho constitucional por tanto, protegido por el proceso constitucional de amparo.

⁵ Gonzales Pérez, Jesús: El derecho a la tutela jurisdiccional. Segunda edición. Editorial Civitas S.A. Madrid 1989. p.27..

⁶ Piero Calamandrei: Ob. cit. pp.54-55

1.2. Delimitación.

La tutela judicial efectiva comprende: a) El derecho de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo. b) El derecho de obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, independientemente del acierto de dicha decisión, d) Derecho a obtener medidas de protección que garanticen la efectividad del fallo, y; d) El derecho al cumplimiento o ejecutoriedad del fallo.

1.2.1. Acceso a la jurisdicción.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende en primer término el derecho a la jurisdicción, esto es, a ser parte en un proceso activando al aparato jurisdiccional. En este primer momento, una las manifestaciones concretas está dada por el deber de los jueces de facilitar el acceso de las partes al proceso, sin restricciones y de interpretar con amplitud las leyes procesales en cuanto a la legitimación; el rechazo de la pretensión postulada a partir de una interpretación restrictiva o formalista implica una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva.

El derecho de acceso a la jurisdicción parte el reconocimiento constitucional de que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y no a otro tipo de funcionarios. La Constitución Política en su artículo 138° dice: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.”

El derecho a la tutela judicial supone la posibilidad de postular todo tipo de pretensiones cualquiera sea su fundamento por lo que no puede sustraerse de la jurisdicción el conocimiento de cualquier tipo de controversia; lo contrario implicaría una vulneración del derecho sub-examen. Sin embargo, esta protección constitucional conlleva simultáneamente el deber de cumplir por el justiciable, con los requisitos procesales de orden formal para que el órgano jurisdiccional pueda

pronunciarse sobre el fondo. En tal sentido, el derecho de acceso a la justicia da lugar al principio *pro actione*, según el cual la admisibilidad de la acción es la regla, y su inadmisibilidad la excepción. La inadmisibilidad de la acción debe estar legalmente fundamentada.

El derecho de acceso a la tutela jurisdiccional abarca la tutela de los derechos subjetivos y de los derechos e intereses colectivos, difusos o de grupo. En este último caso no es exigible un interés legítimo o personal para acceder a la jurisdicción (art. 82º CPC). Como sabemos la tutela de los intereses difusos está referida a bienes jurídicos suprapersonales lesionados o amenazados de lesión.

1.2.2. Derecho a obtener una sentencia de fondo, oportuna y motivada.

Constituye el segundo momento en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva; está dado por el derecho a obtener una resolución fundada en derecho lo que significa que la decisión sea conforme a derecho, favorable o no al titular de la pretensión formulada.

Lo fundamental es que la resolución sea motivada y razonable, congruente y justa, esta es una exigencia que fluye de la legitimación democrática de la función jurisdiccional y de la proscripción de la indefensión y la irracionalidad. La decisión debe ser el resultado de una valoración jurídica de los hechos, sobre la base de normas jurídicas preexistentes y debe resolver sobre todo lo solicitado. La omisión de pronunciamiento sobre alguna pretensión aún cuando sea una accesoria en el marco de una demanda acumulativa, conlleva la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El artículo 25.2 literal b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuye al Estado la obligación de garantizar que la autoridad competente, prevista por el sistema legal del Estado, decida sobre los derechos de toda persona que interponga un recurso.

Por otra parte, la tutela judicial efectiva supone la emisión de una sentencia definitiva en un plazo razonable. Para determinar la razonabilidad de un plazo se

deben considerar los siguientes factores: a) Realidad de la materia litigiosa de que se trate; b) Término inicial del procedimiento; c) Lo que estipula la ley procesal sobre la materia; d) La complejidad del asunto; e) La conducta de los litigantes y las autoridades; y f) Las consecuencias del proceso para los litigantes.

Finalmente, es importante precisar que no toda sentencia expedida fuera del plazo legal infringe la tutela judicial efectiva; situación que sólo se produce cuando sea imputable al juzgador una omisión o la comisión de actos judiciales que retrasan persistentemente la conclusión del proceso; y cuando un determinado asunto se hubiera prolongado por un plazo mayor en comparación con otros iguales, salvo que se tratase de un caso complejo debidamente acreditado.

1.2.3. Derecho al cumplimiento y ejecución del fallo.

El tercer momento que completa el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la resolución judicial se cumpla sin más dilaciones, de lo contrario el reconocimiento de derechos establecidos en ella deviene en infructuoso y vano, una mera declaración de buenas intenciones, con grave lesión a la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional sostiene que la tutela jurisdiccional sólo será efectiva cuando se ejecute el mandato judicial, la misma que es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional. En ese sentido, el incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental. Es importante consignar que la violación de la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por acción o inacción de un operador jurisdiccional, sino también se consume por el hacer o no hacer de la parte vencida en un proceso judicial o por un tercero con interés respecto a lo resuelto en la sentencia. (Expediente N°1546-2002-AA/TC)⁷

⁷ Estas precisiones están contenidas en la sentencia recaída en el expediente N°1546-2002-AA/TC, seguido por don Luis Carlos Patroni Rodríguez contra la empresa Centromín Perú, la que por mandato judicial se

Enseña la doctrina que el derecho a la tutela judicial efectiva, genuina expresión del derecho a la jurisdicción contiene dos elementos: a) uno formal, consistente en un proceso que tutele determinados derechos y garantías; b) otro sustancial, que procura que la cobertura jurisdiccional tenga la suficiente celeridad, para que la pretensión esgrimida, no se torne ilusoria o de imposible cumplimiento, dejando al justiciable en un total estado de indefensión.

Para que los Estados Partes cumplan con lo dispuesto en el artículo 25.2.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - ha dicho la Corte Interamericana - no basta con la existencia formal de los recursos, sino que los mismos tengan efectividad; en tal sentido deben “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

La petición de tutela judicial es ilusoria, entre otras razones, cuando en la práctica se demuestra su inutilidad; cuando los órganos jurisdiccionales carecen de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad y justicia; o cuando faltan los medios para ejecutar las sentencias dictadas. A esto puede agregarse la denegación de justicia, el retardo injustificado en la decisión o el impedimento del acceso del presunto lesionado al recurso judicial.

Por otra parte, es deber de Estado garantizar el cumplimiento de toda sentencia en la que se haya estimado la pretensión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 literal c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú.

El derecho a la tutela cautelar forma parte del derecho a la efectividad de la tutela y tiene por finalidad asegurar la futura ejecución forzada, anticipar la ejecución de la pretensión definitiva, mantener provisionalmente una situación fáctica o jurídica que garantice la cabal ejecución de la sentencia o reponer un

instituyó en ente retenedor de los fondos que fueran de propiedad de la empresa Servicios de Protección de Ejecutivos S.R.L. (EPROS S.R.L.) en el proceso sobre beneficios sociales, y que tras haber culminado mediante sentencia que le fue favorable se requirió a Centromín para que deposite los importes retenidos; sin embargo, esta empresa desde hace varios años, pese a los reiterados mandatos judiciales, se viene resistiendo sistemáticamente a cumplir, lo que supone un desacato y violación de la cosa juzgada.

estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda.

1.2.4. Derecho a obtener medidas de protección que aseguren la efectividad de la sentencia.

El derecho a obtener una sentencia de fondo oportuna y motivada, así como el derecho al cumplimiento y ejecución del fallo, no podrían obtener materialidad y eficacia si el ordenamiento jurídico no ofreciera a los justiciables las garantías y medios para lograr la efectividad de aquellos.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debe complementarse con el derecho de los justiciables a obtener medidas cautelares que otorguen efectividad a las sentencias de fondo y a las que requieran de ejecución. El derecho a jurisdiccional efectiva debe complementarse con el derecho a la tutela jurisdiccional cautelar, tal como lo desarrollamos en capítulos siguientes.

1.3. Naturaleza jurídica

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano que se manifiesta en el ámbito procesal. Permite que los demás derechos humanos sean exigibles ante los órganos jurisdiccionales que deben caracterizarse por su idoneidad, transparencia e imparcialidad, a través de procedimientos preestablecidos en la ley; en ello radica su rol trascendente.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho autónomo porque su existencia y ejercicio no está supeditado al devenir de la pretensión invocada, y porque se dinamiza con la postulación de la pretensión de quien se considera afectado en sus derechos o intereses, por lo cual es simultáneamente una garantía.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza compleja, pues acoge derechos confortantes de su estructura tales como: el derecho de toda persona a acceder a los órganos de administración de justicia

para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos; el derecho a una justicia sin dilaciones indebidas; el derecho a que se emita una sentencia que resuelva la controversia; y el derecho a la efectividad de la tutela.

Según el Tribunal Constitucional español “El derecho a la tutela judicial, en cuanto es el poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a órganos jurisdiccionales para reclamar la resolución de un conflicto, tiene su lugar propio de satisfacción, en un proceso judicial.”⁸

La tutela solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. Dicha ejecución es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado en nuestro texto constitucional. Al respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional Español N.º 102/84, de fecha 12 de noviembre de 1984, se declaró que "En cuanto al ámbito del derecho... comprende el de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho y el de obtener la ejecución de la sentencia".

Conforme a los fundamentos del Tribunal Constitucional nacional, la violación de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por acción o inacción de un operador jurisdiccional, sino que también se consume por el hacer o no hacer de la parte vencida en un proceso judicial, o por un tercero con interés respecto a lo resuelto en la sentencia.⁹

La sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada tiene dos atributos esenciales: es coercible y es inmutable. La sentencia es coercible, ya que puede ser ejecutada

⁸ Sentencia 197/1987 de 14 de octubre, transcrita por Jesús Gonzales Pérez en El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, p.39.

⁹ Expedientes N° 002-2001-CC/TC y N°1696-2002-AA/TC.

compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado, como lo señala el artículo 715º del Código Procesal Civil, y es inmutable, porque ningún juez podrá alterar los efectos del fallo ni modificar sus términos, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 178º y 407º del acotado.

1.4. Legislación supranacional.

El derecho a la tutela judicial efectiva está previsto en el artículo 3, literal “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se establece que “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos alude a la tutela jurisdiccional efectiva bajo la denominación de *protección judicial*:

“Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
 - a) A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b) A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c) A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

2.1. Antecedentes.

Tiene su punto de partida en el capítulo 39 de la Carta Magna de 1215, en el que se proclama que “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.”

Sin duda alguna es este el antecedente normativo más lejano del debido proceso en el que se introduce la noción de debido proceso a través de algunos de sus componentes como el derecho a no ser detenido, encarcelado o privado de derechos o bienes sin sentencia judicial y conforme a la legislación vigente.

La Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia habiendo sido confirmada por otros treinta monarcas ingleses, entre los que cabe mencionar a Enrique III, en 1225; Eduardo I, en 1297, y Eduardo III, en 1354, fue precisamente éste último quien empleó por primera vez la expresión *due process of law*, debido proceso legal, no empleada originalmente en 1215.

En la edad moderna la institución del debido proceso fue una de las banderas de lucha y conquista de los revolucionarios franceses contra de los jueces deshonestos y corruptos que impartían la voluntad del rey antes que la justicia.

En la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada el 9 de julio de 1868, se utiliza el término debido proceso legal como una adaptación de las garantías procesales contenidas en la Carta Magna. Textualmente se aprobó que: “1) Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la

libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de delinear su actual configuración naturaleza y alcances como un derecho humano fundamental, consustancial a todo estado democrático. Las fases por las que pasó la consolidación doctrinaria y normativa de este derecho fundamental son tres: debido proceso adjetivo, debido proceso constitucional y debido proceso sustantivo.

2.2. Concepto.

El *debido proceso* es un derecho humano fundamental de naturaleza procesal conforme al cual toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas, destinadas a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso para lo cual debe permitírsele el derecho a ser oído y hacer valer sus pretensiones ante un juez natural, debidamente asesorado o defendido, garantizándosele al mismo tiempo su derecho a probar, a impugnar como medio para acceder a la instancia plural.

Tal como precisa el tratadista español Jesús Gonzales Pérez, la recepción de la pretensión por un órgano jurisdiccional y la emisión de la respectiva sentencia decidiendo sobre la conformidad o disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico, no cubre todo el espectro conceptual de la tutela jurisdiccional efectiva; puesto que ésta sólo es efectiva si el órgano jurisdiccional reúne determinadas condiciones y el proceso seguido hasta el dictado de la sentencia estuvo investido de las garantías que hicieron posible la defensa de las partes. “Llamamos proceso debido a aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del juez natural”¹⁰

¹⁰ Gonzales Pérez, Jesús: Ob, cit. p.123.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 1 del expediente 2169-HC-TC ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, forma parte del "modelo constitucional del proceso" recogido en la Norma Suprema, cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido.

En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando éste participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir.

De esta forma, el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino, también, una institución compleja que no se refiere únicamente a un proceso esencialmente correcto y honesto sino también a un proceso idóneo para permitir la obtención de los resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de validez.

El Tribunal Constitucional en otra importante sentencia, (expediente N° 2185-HC-TC), el fundamento 6, ha precisado que "Mientras que la tutela judicial efectiva supone el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos"¹¹

Eduardo Couture resalta la trascendencia del debido proceso en el contexto de la historia de la evolución de la libertad civil y el acceso a la justicia; en tal sentido sostiene que el debido proceso es una garantía vinculada a la historia

¹¹ Fundamento 6 de la sentencia pronunciada en el expediente N° 8125-2005-PHC/TC.

misma de la libertad civil que es la garantía de la justicia en sí misma, establecida en todas las Constituciones y que se trata en resumen de que nadie puede ser privado de las garantías esenciales que la Constitución establece, mediante un simple procedimiento, ni por un trámite administrativo cualquiera que prive del derecho a defenderse y a disponer de la garantía que constituye el poder judicial para todos los ciudadanos¹².

2.3. Manifestaciones y evolución.

2.3.1. Debido proceso adjetivo.

El derecho a la existencia y disponibilidad de un proceso legal es la primera gran conquista jurídico-constitucional que se desprende y afianza como uno de los derechos constitutivos del derecho al debido proceso legal. Es decir, que las normas procesales sólo pueden ser establecidas mediante ley formal, emanada del congreso o parlamento democrático y representativo.

2.3.2. Debido proceso constitucional.

El siguiente paso dado por la doctrina lo constituye el reconocimiento del denominado debido proceso constitucional, según el cual el proceso además de estar regulado por ley formal es en sí mismo garantía de todos los demás derechos y principios orientados a proteger a la persona humana frente a la arbitrariedad no sólo de los gobernantes, de los jueces, sino también del propio legislador; de este modo, la expresión debido proceso se proyecta hacia todo el sistema de garantías implicadas en la legalidad constitucional. Este es el concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual.

2.3.3. Debido proceso sustantivo.

Un último paso dado a partir de la jurisprudencial anglo-norteamericana, es la extensión del concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido proceso sustantivo que equivale al principio de razonabilidad de las

¹² Couture Eduardo: Estudios de Derecho Procesal Civil. T.I. Ediciones DEPALMA Buenos Aires 1979, p.194.

leyes y actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional; es decir, los actos de producción legislativa y la actuación primaria del derecho deben ajustarse, no sólo a los preceptos constitucionales, sino fundamentalmente al sentido de justicia contenido en ella, lo que supone, simultáneamente, el cumplimiento de imperativos fundamentales de razonabilidad, proporcionalidad y equidad.

2.4. Conformación.

No existe un catálogo unánime de derechos que se consideren como pertenecientes al debido proceso¹³; en consecuencia, nos limitaremos a la revisión sumaria de los más importantes:

2.4.1. Derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley (derecho al juez natural).

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (Artículo 139.3 Constitución Política) lo cual comprende el derecho a acceder a órganos jurisdiccionales legalmente constituidos, de acuerdo con las competencias predeterminadas. Se evita así el riesgo de ser sometido a jueces impuestos por el poder político para favorecer intereses protervos, arbitrarios y corruptos.

Los parámetros de la función jurisdiccional están sustentados en su unidad y exclusividad por lo que no puede crearse de modo arbitrario órganos jurisdiccionales ad hoc, no contemplados en la ley, salvo los casos de la jurisdicción arbitral militar y la comunal campesina y nativa (Artículo 139.1. y 149 Constitución Política)

¹³ Sin embargo de acuerdo con el *fundamento 1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nº 200-2002. AA/TC* “El debido proceso está conformado, entre otras, por las siguientes reglas constitucionalmente consagradas: **a)** el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, **b)** el derecho a los procedimientos preestablecidos, **c)** el principio de cosa juzgada, **d)** el derecho a la motivación de las resoluciones, **e)** el derecho a la pluralidad de instancias; **f)** el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, **g)** el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal, **h)** el principio de no ser penado sin proceso judicial, **i)** la aplicación de la ley más favorable al procesado, **j)** el principio de no ser condenado en ausencia, **k)** la no privación del derecho de defensa.”

El nombramiento de los jueces debe ser efectuado por el órgano constitucional creado para tal fin, que en el caso nacional es el Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, el ejercicio de la función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley vulnera el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, en suma el derecho al juez natural (Artículo 139.19 Constitución Política).

El derecho al juez natural implica el derecho a un juez imparcial, tema determinante que presenta diversas facetas entre las que cabe mencionar las siguientes: a) La imparcialidad como independencia del poder institucional; b) La imparcialidad como independencia de los poderes no institucionales y; c) La imparcialidad intra-juicio. La primera se refiere a la imparcialidad judicial frente a los otros órganos y poderes estatales, (legislativo y ejecutivo, entre los que se incluye a los propios órganos del poder judicial); la segunda a la imparcialidad frente a los grupos de poder económico, grupos de presión y otros núcleos de poder extra-institucional; y la tercera es la que acontece dentro del proceso frente a las partes comprometidas en el litigio y frente al conflicto

El fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 1013-2003-HC) “considera que la exigencia de la predeterminación legislativa del juez (en la cual se resuelve también su carácter natural) no puede ser entendida en términos absolutos, no solo porque ningún derecho constitucional tiene tal cualidad, sino, además, porque existen otros bienes y principios constitucionales que también exigen ser optimizados. De allí que el Tribunal juzgue que tal predeterminación del juez deba ser interpretada bajo los alcances del principio de concordancia práctica, que exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o existencias constitucionalmente relevantes. Entre esas exigencias y principios se encuentran, por ejemplo, la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez, la prohibición de incoherencias ene. Ejercicio de la potestad jurisdiccional, etc.”¹⁴

¹⁴ Citado en “Diálogo con la jurisprudencia. Número 5, año 2, setiembre 2006, p.19

2.4.2. Derecho a los procedimientos preestablecidos.

Conforme a este derecho toda sentencia judicial debe emerger de un proceso previo legalmente tramitado. La exigencia de legalidad del proceso es una garantía en virtud de la cual el juez debe ceñirse a los procedimientos preestablecidos en la ley; en tal sentido, ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, (Artículo 139.3 Constitución Política).

El artículo IX del título preliminar del CPC en este sentido preceptúa que “Las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada.”

Precisamente este derecho fue la primera gran conquista del derecho al debido proceso: el reconocimiento legal y constitucional de la existencia de procedimientos preestablecidos por la ley como una de las garantías de un proceso justo.

El derecho a los procedimientos preestablecidos, subsume al principio de legalidad en virtud del cual nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. (Artículo 2.24.d. Constitución Política)

2.4.3. Derecho a la defensa o asesoría jurídica.

Comprende el derecho de toda persona contar con el abogado de su elección para ser asesorada o defendida ante cualquier autoridad independientemente del nivel de gobierno (nacional, regional o local) o ámbito de la función pública (sede administrativa, legislativa, judicial, organismos constituciones autónomos) e incluso ante personas individuales o colectivas del sector privado. El derecho a la defensa o asesoría jurídica es uno de los componentes esenciales del debido proceso y de la tutela procesal efectiva.

El Texto Constitucional lo regula en el artículo 139º, inciso 14) como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, orientándolo predominantemente hacia la defensa y asesoría en procesos penales, lo que no excluye, obviamente, la asesoría en procesos de otra naturaleza.

En caso de que la persona no pueda procurarse defensa jurídica por sí misma, se contempla la institución del defensor de oficio, designado por el Estado, que le proporciona dicha ayuda en forma gratuita. Sobre el particular el artículo 121º del Código de Procedimientos Penales dispone que “Antes de tomar la declaración instructiva, el juez instructor hará presente al inculcado que tiene derecho a que lo asista un defensor y que si no lo designa será nombrado de oficio. Si el inculcado conviene en esto último, el juez instructor hará la designación de abogado o, a falta de este, de persona honorable. Pero si el inculcado no acepta tener defensor se dejará constancia en autos de su negativa, cuya diligencia deberá suscribir. Si no sabe leer y escribir, o es menor de edad, el juez le nombrará defensor indefectiblemente.”

El artículo 4º del Código Procesal Constitucional incluye al derecho de defensa dentro de los derechos que integran la tutela procesal efectiva por lo que su vulneración legitima al afectado a postular demanda de amparo conforme a lo previsión normativa contenida en el artículo 37º inciso 16) del código.

En nuestro sistema procesal civil la defensa es cautiva, por lo que el justiciable no sólo tiene el derecho a ser asesorado por un abogado de su elección, sino que al mismo tiempo es una carga procesal como requisito de admisibilidad de la demanda, así lo establece el artículo 424, inciso 11) del Código Procesal Constitucional, salvo el caso de la demanda de alimentos en la que no es exigible la firma de letrado, según lo dispuesto por la Ley N° 28439.

2.4.4. Derecho a la pluralidad de instancias.

La pluralidad de instancias se encuentra reconocida en el inciso 6º, del artículo 139º del Texto Constitucional. Tiene como presupuesto el derecho a impugnar las decisiones judiciales que el justiciable considera no arregladas a ley

ni a lo actuado en el proceso. En sentido contrario, formalmente presupone la prohibición constitucional tácita de otorgar la calidad de cosa juzgada a aquellas decisiones que aun no han quedado consentidas.

La revocabilidad es el remedio jurídico contra la injusticia de la resolución del juez, en tanto que la nulidad lo es en contra de su invalidez. La impugnación es el género, el recurso y el remedio, las especies¹⁵.

El derecho a impugnar es un derecho subjetivo de las partes y en general de quienes intervienen legítimamente en el proceso; tiene por finalidad lograr que el juez superior corrija los errores contenidos en la decisión de primer grado. La excepción en este caso es el recurso de reposición en el que es el propio juez quien corrige el error cometido.

2.4.5. El derecho a probar

El derecho a la obtención de tutela judicial efectiva implica la exigencia de eliminar en el desarrollo del proceso todo asomo de indefensión, garantiza que en ningún momento pueda producirse indefensión; en consecuencia, debe garantizarse a las partes la oportunidad de alegar y *probar* sus derechos o intereses. Bajo ninguna otra circunstancia puede justificarse la expedición de resolución judicial sin audiencia de la parte emplazada, salvo en los casos de no comparecencia por voluntad expresa o tácita, o negligencia imputable a alguna de las partes.

El derecho a probar es consustancial y concomitante al derecho a la defensa. El derecho a ofrecer los medios de prueba pertinentes es un derecho fundamental procedente en cualquier tipo de proceso en el cual toda persona se vea involucrada; comprende los actos de admisión, actuación y valoración por el juez; mas ello no afecta la potestad judicial para declarar la impertinencia de la prueba.

¹⁵ Devis Echandía, Hernando: Teoría General del Proceso. T.II. Editorial Universidad, Buenos Aires 1985, p.632

Corresponde a las partes alegar y fundamentar la trascendencia y relevancia de la prueba, como contraparte es responsabilidad judicial motivar su razonamiento decisión negativa respecto a la admisión de la prueba.

2.4.6. Derecho a motivación de las resoluciones.

El derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, constituye uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso.

El inciso 5) del artículo 139 del Texto Constitucional contiene el precepto según el cual, es principio y derecho de la función jurisdiccional “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varios procesos sobre el particular estableciendo que la obligatoriedad de la motivación de las decisiones judiciales, según el inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces de la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha orientado a decidir una controversia. Se asegura de este modo que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; se asegura igualmente un adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez corresponde resolver¹⁶.

En similar sentido la Corte Suprema de Justicia de la República en un reciente fallo ha precisado “Que la Constitución Política del Estado requiere del Juez que éste motive sus decisiones, pues, de ese modo se permite que la ciudadanía realice un control de la actividad jurisdiccional, y que las partes que

¹⁶ Esta es la esencia de la sustentación contenida en el fundamento 11 de la sentencia del TC Exp. N° 8125-2005-PHC/TC.

intervienen en el proceso conozcan las razones por las cuales se les concede o se les deniega la tutela concreta de un derecho, o de un específico interés legítimo; por tanto, los jueces deben expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley y; asimismo, facilitando un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. El respeto del contenido esencial de la garantía de motivación de resoluciones se cumple siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa.”¹⁷

En conclusión, la motivación de las resoluciones judiciales es un principio que sustenta el ejercicio de la función jurisdiccional; y a la vez, derecho fundamental de los justiciables. De este modo se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución), que el derecho a la defensa sea ejercido de manera efectiva y que la ciudadanía puede ejercer el control de la actividad jurisdiccional.

¹⁷ Sexto considerando de la Sentencia Casatoria (Exp. 2799-2005 SAN MARTIN) expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 25/09/2006 y publicada en el Diario Oficial el Peruano el 05/01/07.

CAPITULO II

LA TUTELA CAUTELAR

Sumario: 1) Evolución histórica. 2) Concepto. 3) Constitucionalidad de la tutela cautelar. 4) Finalidad. 5) Tutela preventiva y tutela cautelar. 6) Tutela cautelar y justicia contemporánea. 7) El test de proporcionalidad.

1 Evolución histórica

Si bien este tipo de tutela bajo ciertas formas ha sido conocida desde la antigüedad, su regulación y configuración doctrinaria ha evolucionando y consolidándose a lo largo de los siglos en función de las necesidades prácticas de los conflictos intersubjetivos de intereses con relevancia jurídica y los requerimientos económico-sociales. En su recorrido histórico, puede distinguirse tres grandes momentos: época de los orígenes, época de la responsabilidad y la época del control judicial¹⁸.

1.1. Época de los orígenes.

Esta etapa corresponde al proceso romano y al derecho medioeval en los que la tutela cautelar era una institución circunstancial y accesorio en el litigio y tenía una regulación escueta orientada a la protección de situaciones concretas: representa la infancia de la tutela cautelar. El profesor Ramos Romeu llama a este momento, época de la marginalidad, empero más que marginalidad se trata de un momento de desarrollo incipiente y limitado a determinadas instituciones jurídicas, con un tratamiento marcadamente sustantivo.

En esta época, estudiosos del derecho romano han constatado la existencia de otras instituciones que jugarían un papel similar al de la tutela cautelar tal y como se le conoce hoy en día. Entre estas instituciones reguladas

¹⁸ Ramos Romeu Francisco propone tres momentos: época de la marginalidad, época de la responsabilidad y época el control judicial en su obra: Las medidas cautelares civiles. Atelier, Barcelona 2006, pp. 54-63

por el derecho romano figuran: *El nexum*, la *cautio damni infecti*, la *operis novi nuntiatio*, la *pignoris capio*, la *missio in possessionem*, la *restitutio ad integrum*, entre otras. Por su importancia a continuación presentamos los aspectos centrales de cada una de las mencionadas.

El ***nexum***¹⁹, deriva de *nectere* que significa vincular, ligar. Posiblemente fue un contrato que tuvo como causa un préstamo de dinero que revestía las mismas formalidades que la mancipación, pues se pesaba simbólicamente el dinero en una balanza que portaba el *librepens* ante cinco testigos ciudadanos púberes. El acreedor efectuaba una declaración solemne que se llamaba *nuncupatio* la que generaba una consecuencia rigurosa denominada *damnatio* especie de fuerza ejecutiva, una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *manus iniectio* contra el deudor moroso que quedaba reducido a esclavitud. El cuerpo mismo del deudor respondía por el pago de la deuda. Puede decirse que era una autopignoración del deudor y la *manus iniectio* un procedimiento ejecutivo que recaía sobre la persona del deudor.

Podemos advertir que el *nexum* es el antecedente remoto de los derechos reales de garantía, con la radical diferencia que la garantía del cumplimiento de la obligación contraída no eran los bienes del deudor, sino su propia persona e incluso su vida. En el ámbito cautelar puede admitirse que estamos frente al antecedente primigenio de la caución o contracautela según nuestra terminología procesal.

La ***cautio damni infecti***²⁰ consistió en la promesa o estipulación efectuada ante el Pretor y a instancia del vecino que temía un daño futuro en su propiedad por quien pensaba acometer una construcción. El contenido de la promesa se refería al resarcimiento de los daños que pudieran causarse en la finca aneja como consecuencia de la obra o construcción, independientemente de que la misma acaparase el espacio material de la finca propia o de la vecina. No era la

¹⁹ Rodríguez Pastor, Carlos: *Prontuario de Derecho Romano*. Prontuario de Derecho Romano. Fundación M.J Bustamante De la Fuente, Lima Perú, P.96.

²⁰ Arias Bonet. *Derecho Romano*.

invasión material del fundo el resorte que ponía en marcha la institución, sino el temor razonable y fundado de que se produjeran daños en la finca propia. Igualmente tenían cabida en el ámbito de protección de la *cautio damni infecti* aquellos daños que pudieran producirse en el fundo vecino a causa del mal estado de conservación de los edificios o construcciones en el suelo propio, propiciados por el abandono o la desidia de su propietario. La *cautio damni infecti* adquiría virtualidad jurídica una vez realizada la promesa ante el pretor, convirtiéndose entonces en una auténtica *stipulati* con ella la obligación adquiría naturaleza contractual, de manera que el propietario dañado podría reclamar el daño mediante el ejercicio de la *actio ex stipulata*. Pese a existir dificultad entre los romanistas para encontrar unanimidad acerca de la institución, sí puede destacarse su finalidad preventiva.

La ***operis novi nunciatio***²¹ fue la institución romana mediante la cual el propietario realiza una petición o un ruego a su vecino a fin de que no continúe con la ejecución de una obra que va a resultar lesiva a su derecho; ante el requerimiento formal el denunciado tenía que optar entre las alternativas siguientes: suspender la obra o trabajos realizados, prestar caución suficiente para poder continuar con la obra o, en última instancia, solicitar al pretor la remoción de la *nuntiatio*.

La medida innovativa denominada cautela posesoria regulada en el artículo 684º del código procesal civil es la versión moderna de la *cautio damni infecti* y de la *operis novi nunciatio cautio damni infecti*, veamos: “Cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, puede el Juez disponer la paralización de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.”

²¹ Macías Castillo, Agustín: El daño causado por el ruido y otras inmisiones, p.61.

La ***pignoris capio***²² fue la segunda acción ejecutiva sobre una cosa generalmente mueble. Se llevaba a cabo fuera del tribunal, el acreedor actuaba por su cuenta contra el deudor y sólo tiene la obligación de pronunciar las palabras solemnes delante de tres testigos. Podía ejecutarse el embargo en presencia o ausencia del deudor sin notificación o aviso alguno, no constituía un procedimiento propiamente judicial y a diferencia a la *manus iniectio* no recaía sobre el cuerpo del deudor, sino sobre sus bienes.

La ***missio in possessionem***, era el acto por el que el pretor autorizaba a una persona a tomar posesión de los bienes de otra. La *missio in possessionem* se podía referir a la totalidad del patrimonio y se llamaba *missio in bona* y cuando se refería a bienes concretos era *missio in rem*. Venían pronunciadas en el edicto del pretor como aquella que concedía para tomar posesión de los bienes del condenado o la que concedía para asegurar los bienes legados o la que se concedía por el daño temido. Consistían en una mera detentación de los bienes para su conservación administración.

La *pignoris capio* y la *missio in possessionem* son instituciones procesales relacionadas con el cumplimiento de obligaciones insatisfechas: en el primer caso el mecanismo se activaba por decisión del acreedor, sin orden del pretor, en un escenario extraprocesal, en tanto que la *missio in possessionem* requería de autorización del pretor. Ambas instituciones son el tronco común de las actuales medidas para futura ejecución forzada, específicamente del embargo y del secuestro.

La ***restitutio in integrum***²³, son la reintegración a un estado jurídico anterior. Eran resoluciones del magistrado por las que consideraban inexistente un acto jurídico que a pesar de reunir los requisitos para su validez, chocaba con la equidad, produciendo una situación patrimonial injusta. En virtud de la *restitutio in integrum* se rescindían todos aquellos actos o negocios jurídicos que hubiesen causado perjuicio al pupilo, y a los que hubiesen ejecutado el tutor, o el propio

²² Cuenca Humberto: Proceso Civil Romano. E.J.E.A, Buenos Aires 1957, p.48

²³ Rodríguez Pastor, Carlos: ob, cit. p.129.

incapaz con autoridad de aquél. Solo funcionaba cuando no había otra manera de resarcir el daño.

El artículo 682º del código procesal civil establece que “*ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.*”

Como puede colegirse, resulta evidente el entroncamiento de la medida innovativa con la *restitutio in integrum*, la diferencia está en que ésta no se tramitaba como una medida cautelar procesal sino como una pretensión sustantiva nulificante.

El principio ***Ut lite pendente nihil innovatur*** significa que las innovaciones introducidas al proceso por el demandado o un tercero en el estado de los hechos que hubieran dado origen a la demanda, después de iniciado el proceso, carecen de eficacia, por lo que el pronunciamiento del juzgador deberá atender a cómo eran los hechos al inicio del litigio.

Uno de los efectos de la aplicación de este principio era la indisponibilidad de la cosa litigiosa, que se expresaba en los siguientes términos: “*lite pendente nihil innovatur; omnia in suo statut esse debent res finiatur*”. En consecuencia, el demandado no podía enajenar, destruir o deteriorar el bien, porque debía ser entregado al vencedor en el estado en que se encontraba al inicio del proceso.

Las partidas plasmaron este principio en la ley 13 título VII, partida 3ª, disponiendo que si el demandado transfería el bien después del emplazamiento, la enajenación no era válida, y el comprador debía pedir el precio que había pagado por ella, si tuvo conocimiento de la demanda.

En la actualidad la interposición de la demanda no impide la enajenación de la cosa litigiosa por lo que el demandante está obligado a solicitar la medida

cautelar destinada a impedir toda modificación o cambio en la situación fáctica o jurídica del bien; esta medida cautelar no es otra que la prohibición de innovar o medida no innovativa prevista en el artículo 687º del código procesal civil. Entonces, podemos afirmar que el principio enunciado es el precedente de la actual medida no innovativa.

En el siglo XII, en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, en el Título IX de la Partida III se reguló el secuestro de bienes muebles ante seis supuestos debidamente tipificados, correspondía al juez comprobar la concurrencia de las circunstancias previstas para dictar el secuestro. Cuyo precedente romano es la defensa procesal del secuestro conocida como *secuestraria*. En las Partidas también se establecía la nulidad radical de cualquier transmisión de la cosa litigiosa después del emplazamiento del demandado, incluyendo una posible sanción al transmitente; como lo desarrollamos líneas arriba esta disposición no es más que la plasmación del principio *lite pendente nihil innovatur*.

Como se ha podido apreciar, todas las instituciones presentadas, si bien tienen contenido cautelar por su finalidad, muchas de ellas eran realizadas en ámbito extraprocesal y las llevadas a escenario procesal eran postuladas como pretensiones principales. En suma, no tenían tratamiento cautelar procesal sino cautelar sustantivo.

En este contexto, se explica que la tutela cautelar no mereciera un tratamiento preferente de los juristas; así por ejemplo *La Curia Philipica*, de Juan de Hevia Bolaños²⁴, publicada en 1603, obvia íntegramente toda mención al tema cautelar; en efecto, en el tomo primero trata en forma concreta sobre los juicios

²⁴ Fue el jurisconsulto asturiano de mayor fama a través de los tiempos. Ejerció en Hispanoamérica durante las primeras décadas del siglo XVII, fue receptor de número de la Real Audiencia de Quito y procurador de los tribunales, ejerciendo después la abogacía en Lima y su obra *Curia Philipica* publicada en 1603 en Lima, se ha considerado libro de texto básico en distintas universidades hasta el siglo XIX. Juan Hevia Bolaños hizo su testamento en Lima el 20 de abril de 1623 y poco después murió, siendo enterrado en la iglesia del convento de San Francisco de Lima.

civiles y criminales, eclesiásticos y seculares, con lo que sobre ello está dispuesto por Derecho, y resoluciones de Doctores; útil para los profesores de ambos Derechos y Fueros, Jueces, Abogados, Escribanos, Procuradores y otras personas. El segundo tomo no está dedicado a tópicos procesales, está consagrado al desarrollo de temas de derecho comercial.

1.2. Época de la responsabilidad.

Se ingresa a esta época en el siglo XIX cuando la sanción de nulidad sobre la transmisión de los bienes litigiosos es derogada por no responder a las necesidades de la incipiente economía de mercado. En este momento de evolución de la tutela cautelar se produce el acceso a un sistema de responsabilidad para el solicitante de la medida; integrándose en el ámbito de protección cautelar al propio afectado con la medida, ante el eventual desamparo de la pretensión principal.

A partir de entonces, la tutela cautelar empieza a cobrar mayor importancia práctica y tanto las leyes como la doctrina empiezan a tratarla en forma sistemática. Las medidas cautelares pasan a tener una regulación más amplia, se acrecienta el número de medidas cautelares posibles y se permite su aplicación en un mayor número de casos. Como ya se indicó, entre las innovaciones resaltantes está la previsión de un sistema de responsabilidad del solicitante de tutela cautelar en algunos supuestos, principalmente cuando el embargo se solicita sobre la base de un título no ejecutivo. Se establece, asimismo, la prestación de caución para el caso de que el deudor no tuviera solvencia conocida.

1.3. Época del control judicial.

En el siglo XX se produce una revolución en el tratamiento normativo de la tutela cautelar; este cambio está representado por la delegación al juez, de la responsabilidad de establecer las circunstancias en que una medida es óptima, es decir, por el establecimiento de un control judicial intenso de las solicitudes de tutela cautelar.

La ley generaliza las circunstancias que hacen deseable la tutela cautelar y lo deja a la decisión del juez a la vez que incrementa el número de medidas cautelares que pueden adoptarse y unifica el procedimiento para su adopción, todo esto se produce en el contexto de una economía de mercado que se consolida y requiere de los órganos jurisdiccionales cada vez respuestas más rápidas y efectivas, lo que lleva a la doctrina a centrar su atención en la institución.

La construcción de las bases de la teoría cautelar es obra y mérito de la doctrina italiana, a través de la obra fundamental de Piero Calamandrei, *“Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.”* publicado en 1936.

En conclusión, como acertadamente lo señala Ramos Romeu, “hoy en día puede hablarse de la consolidación legal de dos grandes instrumentos: la responsabilidad civil por daños derivados de la tutela cautelar, junto con la caución y el control judicial de los presupuestos de la cautela.”²⁵

2. Concepto

La tutela cautelar es una de las formas que adopta la tutela jurisdiccional como deber de Estado; en tal sentido, garantiza la efectividad de las tutelas jurisdiccionales de cognición y ejecutiva para asegurar anticipadamente el óptimo rendimiento de éstas, finalidad que se extiende a las pretensiones tramitadas en procesos no contenciosos. Por ello sostenemos que la tutela cautelar está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional destinada a restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho.

El derecho a la tutela cautelar está regulado y garantizado tácitamente en el artículo 3º del Texto Constitucional al señalar que *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”*

²⁵ Ramos Romeu, Francisco: Ob. Cit. P.63.

El derecho a la tutela cautelar, en su dinámica, presupone el necesario despliegue de determinada dosis de actividad cognitoria y ejecutiva por los sujetos del proceso. El juicio de razonabilidad expresado en la apariencia de buen derecho y la determinación del peligro en la demora así lo exigen; empero la actividad cognitoria no está orientada a producir certeza en el juzgador sino tan solo una ostensible apariencia de que el peticionante litiga con razón. Del mismo modo, la actividad ejecutiva en la tutela cautelar no es satisfactiva, es únicamente una ejecución instrumental transitoria destinada a garantizar la ejecución final. Es decir, tanto la cognición sumaria, como la ejecución provisoria no constituyen un fin en sí mismas sino actividades necesarias para el otorgamiento de la tutela cautelar.

De acuerdo con lo señalado, el derecho a la tutela cautelar como derecho fundamental garantiza al justiciable: a) El derecho a postular la pretensión cautelar que considere y estime adecuada y necesaria para la protección de sus derechos subjetivos lesionados o amenazados; b) El derecho a obtener el pronunciamiento jurisdiccional cautelar oportuno, debidamente motivado y; c) El derecho a la ejecución efectivización del auto cautelar dictado. En suma, el derecho a la tutela cautelar comprende el derecho a pedir, a obtener y a lograr la ejecución de una medida cautelar. Por consiguiente, la limitación o afectación de cualesquiera de estos extremos del derecho a la tutela cautelar, significa la lesión o afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

Si bien todo justiciable goza del derecho fundamental al debido proceso y la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar, ello no le autoriza a hacer un uso pernicioso de la tutela jurisdiccional desviándola de la realización de los fines que le son propios. El uso abusivo de este derecho es signo inequívoco de mala fe y una opción repudiada por el orden constitucional; por ello, al pedirse una medida cautelar, no debería alegarse hechos contrarios a la realidad, para fines ilegales o fraudulentos; esta conducta configura un acto de deslealtad constitucional. En esta eventualidad, el derecho a la tutela cautelar, se agota con el pronunciamiento firme y motivado de la resolución que desampara la pretensión postulada por el actor.

3. Constitucionalidad de la tutela cautelar²⁶

Sobre la configuración constitucional de la tutela cautelar, sostiene el Tribunal Constitucional, que al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional establece que la función de la medidas cautelares está orientada, en su carácter instrumental, a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de *procesos que adolecen de dilaciones indebidas* o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la *duración ordinaria de los procesos*. Existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho.

Para el adecuado funcionamiento de la tutela cautelar como mecanismo que busca garantizar el derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional reconoce que son dos, entre otros, los órganos que desempeñan una labor de primer orden:

a) De un lado, el legislador, por cuanto en su labor de configuración del procedimiento cautelar no puede crear cauces y requisitos que permitan afectar otros bienes constitucionales, sino, por el contrario, debe establecer mecanismos que posibiliten una efectiva actuación no sólo de la medida cautelar y,

²⁶ Los conceptos desarrollados están contenidos en la sentencia dictada en el expediente 0023-2005-PI/TC

consecuentemente, una efectiva prestación del debido proceso, sino también de los derechos fundamentales que prevalecen sobre los procesales.

b) De otro, la labor de los jueces, ya sean ordinarios o constitucionales, toda vez que en el otorgamiento o mantenimiento de las medidas cautelares deben proceder con absoluta prudencia. Y de manera especial, el juez constitucional en los procesos de amparo, dada su trascendencia, debe concederlas compensando y equilibrando los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita una medida cautelar, así como aquellos que le pudieran corresponder a la parte demandada. Si bien mediante una medida cautelar se intenta proteger el resultado de un proceso que se ha iniciado para dilucidar si un demandante goza o no de un determinado derecho, esta medida no puede ser otorgada sacrificando la protección de los derechos y bienes constitucionales.

Como ya fue explicado precedentemente, el reconocimiento del derecho a la tutela cautelar no implica el derecho a que, en todos los casos en que se solicite una medida cautelar, ésta deba ser aceptada o concedida. Es la autoridad judicial la encargada de valorar, en función al caso concreto, si corresponde dictar una medida cautelar o, en su caso, mantenerla o revocarla, por lo que todo juez está facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso. Además, es evidente que, por su propia naturaleza, la medida cautelar debe constituir una *tutela de urgencia*, por lo que para ser concedida no se debe superar el límite de la irreversibilidad, es decir, que en modo alguno la medida cautelar debe ocasionar consecuencias que después no puedan ser revertidas.

Ovidio Baptista Da Silva explica que “podemos afirmar ciertamente que el verdadero fundamento de la pretensión de seguridad o del derecho sustancial de cautela emana de un principio de naturaleza constitucional, inmanente a todo Estado de Derecho. Su mayor o menor extensión dependerá de múltiples contingencias y factores históricos, sociales y políticos pero su dimensión constitucional es hoy reconocida no solo por la doctrina europea, sino por los

juristas americanos.”²⁷

Finalmente, el Tribunal Constitucional, precisa que si bien la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, caben determinadas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad. En este caso, se presentan diferentes razones que justifican tal ausencia.

4. Finalidad de la tutela cautelar.

La tutela jurisdiccional cautelar- explica Piero Calamandrei - está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. El contenido de la tutela cautelar es variable, pues debe adecuarse caso por caso al diverso contenido de la pretensión definitiva. Este es precisamente su carácter distintivo: ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, *la garantía de la garantía*²⁸.

Como ya se señaló antes, la tutela cautelar contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; respecto al derecho sustancial es una tutela mediata, no obstante su dictado y ejecución anticipada. Las decisiones jurisdiccionales cautelares son medios predispuestos para el mejor éxito de las otras tutelas jurisdiccionales, se convierten así en *instrumentos de instrumento*.

Desde una perspectiva propia de la tutela de los derechos sustanciales y especialmente de los derechos fundamentales, la tutela jurisdiccional cautelar se instituye en interés de los justiciables para hacer efectivos los propósitos de las otras tutelas jurisdiccionales (cognitoria y ejecutiva); de este modo, también se satisface, simultáneamente, el interés público: el interés de la administración de justicia, a coadyuvar a su buen funcionamiento y prestigio.

Sobre el particular Giuseppe Chiovenda, desde una visión

²⁷ Baptista Da Silva Ovidio: citado por Monroy Palacios, Juan José en Bases para formación de una teoría cautelar, p.144.

²⁸ Calamandrei, Piero: ob. cit. 79.

predominantemente pública, explica que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma por si misma de acción aseguradora; y es pura acción que no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado, porque existe como poder *actual*, cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez. También aquí el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto."²⁹

La actividad jurisdiccional cautelar y el proceso correspondiente – explica Ugo Rocco - no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminarlo puesto que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela reclamada con prontitud por el derecho objetivo a dichos intereses³⁰.

La tutela cautelar está destinada a eliminar la amenaza directa de los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, en situación de incertidumbre o de controversia judicial. La eliminación de la amenaza, ha dicho Calamandrei, no siempre se traduce en la conservación del estado de hecho o de derecho, en muchas situaciones tal propósito se logra mediante la modificación o alteración de la situación fáctico-jurídica existente. En suma, la tutela cautelar logra sus propósitos a través de medidas asegurativas, conservativas, transformativas y anticipatorias. Por ello, es necesario erradicar para siempre aquellas afirmaciones que asignan a la tutela cautelar la finalidad

²⁹ Chiovenda, Giuseppe: "Instituciones de Derecho Procesal Civil." Vol. 1, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948, pp.281 , 282.

³⁰ Rocco, Ugo: "Tratado de Derecho Procesal Civil T.V. DE PALMA BS.As. 1977, p.57.

genérica de garantizar la efectividad de la ejecución de las sentencias. Esta posición, si bien, puede tener explicación en los orígenes de la tutela cautelar vinculada predominantemente a las sentencias condenatorias, no corresponde a la moderna concepción de la tutela cautelar que tienen como núcleo teleológico la garantía de la efectividad de la sentencia.

Entre ambas finalidades existe una relación de parte a todo y refleja la evolución de la doctrina cautelar, veamos: *a) Garantizar la ejecución de las sentencias* es una finalidad cautelar relacionada únicamente con las sentencias cognitivas condenatorias, solo cubre una parte de los requerimientos cautelares, no otorga cobertura cautelar a aquellas sentencias cognitivas mero declarativas y constitutivas; es decir, es una finalidad parcial y restringida a un tipo de sentencia; esta posición corresponde a las primeras elaboraciones doctrinarias del procesalismo alemán del siglo XIX que por mucho tiempo consideró a las medidas cautelares como un apéndice de la ejecución forzada; *b) garantizar la efectividad de las sentencias*; sí, es una finalidad omnicomprensiva, cubre todos los requerimientos de la tutela cautelar, otorga protección cautelar a todo tipo de sentencias cognitivas e incluso no contenciosas; esta posición corresponde al procesalismo italiano del siglo XX, fundamentalmente a partir de los estudios de Giuseppe Chiovenda y Piero Calamandrei.

5. Tutela preventiva y tutela cautelar

La tutela preventiva y la tutela cautelar son conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie; la primera es invocada por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible, antes que el derecho haya sido efectivamente lesionado.

En estos casos, la tutela preventiva, en lugar de actuar con la finalidad de eliminar *a posteriori*, el daño producido por la lesión de un derecho, funciona *a priori* con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. La tutela jurisdiccional

preventiva es contrapuesta a la tutela sucesiva o *represiva*.³¹

La tutela clásica u ordinaria es predominantemente represiva y no preventiva puesto que es invocada cuando la lesión ya se ha producido, o cuando la incertidumbre o desprotección es actual. La tutela cautelar si bien exige estos escenarios como presupuestos para su actuación, constituye sin embargo una de las manifestaciones de la tutela preventiva *mediata*.

La tutela cautelar es preventiva y mediata porque está orientada a evitar el daño que el desarrollo regular del proceso pueda generar; mas no evita el daño originario inherente a la lesión que nace de la propia relación jurídica. La tutela preventiva inmediata no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento procesal, salvo el caso especial de la tutela de cognición mero declarativa a través de la cual se busca poner fin a una incertidumbre jurídica, o poner fin a una amenaza, evitar un daño, como por ejemplo cuando se demanda la declaración judicial de extinción de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

La tutela preventiva inmediata está reservada, en nuestra legislación a los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, tal como lo señalan: el artículo 200º de la Carta Magna y los artículos 1º y 2º y 3º de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. En efecto, es posible invocar esta tutela mediante estos procesos constitucionales ante la *amenaza* de vulneración de la libertad individual o derechos constitucionales conexos o de los derechos fundamentales respectivos; en la tutela clásica represiva no es posible actuar ante la sola amenaza, sino luego de producida la vulneración de los derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento jurídico.

En suma, la tutela jurisdiccional cautelar constituye una de las garantías fundamentales del justiciable para obtener del Estado la protección destinada a asegurar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales cognitorias, ejecutivas e incluso no contenciosas; satisface de este modo la pretensión e interés particular del demandante y el interés público expresado en el restablecimiento del orden

³¹ Calamandrei, Piero: Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. ARA Editores, Lima Perú. 2005. pp. 40-41

jurídico y la preservación de la paz social, como objetivos de Estado.

6. Tutela cautelar y justicia contemporánea

En 1935 Piero Calamandrei dejaba constancia de que su obra “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares” tenía por objeto llamar la atención de los estudiosos, y especialmente, de los jóvenes, sobre una región del Derecho Procesal que hasta ese entonces había permanecido en las sombras. Desde aquel entonces hasta la fecha *la batalla por las medidas cautelares*³² en palabras de García Enterría ha sido librada con intensidad y de modo permanente tanto en el ámbito doctrinario, como en el legislativo y en el judicial. En la actualidad las medidas cautelares constituyen un instrumento fundamental e inexorable de cualquier sistema jurisdiccional: la justicia cautelar es hoy un componente esencial e indeclinable de la efectividad de cualquier justicia.³³

Sin embargo, en la doctrina española, según informa el profesor Francisco Ramos Rameu³⁴, el debate ha sido intenso, no sobre la existencia del derecho a la tutela cautelar, que es aceptada mayoritariamente, sino sobre su constitucionalización. Sobre este extremo, la primera postura considera a la tutela cautelar integrada dentro de la órbita del derecho a la tutela judicial efectiva; así, Almagro y Nosete y Tomé Paule hablan del *derecho a la justicia cautelar*, García Enterría recomienda que se debe reflexionar sobre el *hecho de la constitucionalización de un verdadero derecho a la protección cautelar como exigencia de una tutela judicial efectiva*. La segunda postura si bien no admite la existencia de un derecho a la tutela cautelar, no desconoce sin embargo su dimensión constitucional, en esta corriente doctrinal tenemos a los profesores Francisco Ramos Méndez, Joan Picó y Junoy y David Vallespín Pérez. Una tercera postura, y a la vez minoritaria es crítica con relación a la idea de un derecho a la tutela cautelar desde un punto de vista de la teoría general y por consiguiente respecto a su dimensión constitucional; uno de sus principales representantes es el profesor Manuel Serra Domínguez.

³² Título de un importante estudio de Eduardo García de Enterría.

³³ García de Enterría, Eduardo: ob. cit. p.151.

³⁴ Ramos Romeu Francisco: Las medidas cautelares civiles. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2006, p.89.

Coincidimos con Eduardo García de Enterría cuando sostiene que nuestros tiempos ha resultado ser especialmente sensible a la necesidad de que los Tribunales puedan disponer de un haz de medidas cautelares suficientes para evitar la frustración de sus decisiones de fondo. Esa sensibilidad se ha expresado en recientes y solemnes sentencias de los más significados Tribunales Constitucionales europeos que han sostenido unánimemente que la exclusión -o aún la limitación- de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente; al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa.”³⁵

El contenido normal del derecho fundamental a la tutela cautelar demanda que la protección judicial opere precisamente sobre los derechos e intereses que son objeto del litigio, posibilitando, al final de éste, el disfrute de esos mismos derechos e intereses y no una indemnización equivalente en sustitución de ellos impuesta por su desaparición o menoscabo durante el proceso³⁶

7. El test de proporcionalidad y control de las decisiones judiciales

El test de proporcionalidad es la guía interpretativa para que la limitación de derechos fundamentales sea racional y esté orientada a la protección de otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes, cuando resulta legítimo limitar una garantía ciudadana.

La invocación del principio de proporcionalidad y la aplicación del test respectivo resultan plenamente válidas tratándose del control de las decisiones judiciales en general y cautelares en particular en la medida en que éstas tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales. El presupuesto para su aplicación es siempre la concurrencia de dos principios constitucionales en pugna y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales.

³⁵ García de Enterría, Eduardo: ob. cit. p.347-348.

³⁶ Fundamento contenido en el auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 14 de Octubre de 1991, citado por Eduardo García de Enterría en ob. cit. p.261.

El principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test de proporcionalidad está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. El primero significa que la decisión cautelar sea apropiada respecto a la pretensión a cautelar; el segundo es la condición a la cual es imposible sustraerse, faltar o resistir por exigírselo así la naturaleza de la pretensión cautelable y el tercero alude a la conformidad o proporción entre la decisión cautelar y la pretensión cautelable.

Por el principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva de un derecho fundamental se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional

Procedimiento de aplicación

1º) En primer lugar debe efectuarse el juicio de idoneidad o adecuación a efectos de determinar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto.

2º) El segundo paso consiste en efectuar el juicio de necesidad: debe analizarse la medida restrictiva, en este caso la medida cautelar a dictarse, desde la perspectiva de la necesidad; para lo cual se debe verificar “si existen medios alternativos al optado. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

3º) Finalmente, luego de efectuados los pasos precedentes y siempre que el balance sea favorable debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre

principios constitucionales en conflicto según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”

Es decir, la no satisfacción de la pretensión principal durante el proceso que en esencia es el reclamo de tutela de un interés jurídico con relevancia constitucional tiene como contraparte una medida cautelar destinada a garantizar la eficacia de aquella que incurriendo en la necesaria afectación de otro derecho fundamental debe revestir mayor importancia. El juez tiene la responsabilidad de efectuar la ponderación debida.

CAPITULO TERCERO

EL PROCESO

Sumario: 1) Concepto. 2) Proceso judicial. 3) Proceso civil. 4) Proceso y procedimiento.

1. Concepto

Según el Diccionario de la Lengua Española, proceso proviene del vocablo latino *processus* que significa: acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo, conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.

La palabra proceso no es una categoría exclusiva del derecho ni mucho menos del derecho procesal; en su acepción común, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo; en tal sentido proceso viene a ser el conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; así hablamos del proceso de creación de una obra de arte, del proceso de elaboración de textiles, del proceso fabricación de productos químicos, el proceso de elaboración de una tesis, etc.

El proceso en sí mismo, agota su valor semántico en aquel conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; no puede obtenerse más del término proceso. El núcleo a partir del cual puede determinarse la naturaleza del proceso está en el resultado u objeto del mismo sea que intervenga o no la voluntad humana. Si en el resultado del proceso no interviene la voluntad humana hablamos de procesos naturales; en caso contrario hablamos de procesos determinados no por el resultado sino por la finalidad u objeto; en esta opción, bajo criterios racionales cognitivos sólo el hombre individual o colectivo,

tiene objetivos, finalidades con la prevalencia de uno u otro interés³⁷.

El logro de determinado fin impregna de sustantividad y connotación especial al proceso. Los fines u objetos no son del proceso³⁸ sino de quienes se valen de él; la elaboración de la tesis es finalidad del tesista, no del proceso; el descubrimiento de determinado producto médico es finalidad del químico farmacéutico o del médico investigador y del laboratorio que patrocina la investigación, no del proceso de invención o fabricación del producto; del mismo modo, la restitución de un inmueble, el pago de un crédito adeudado, el reconocimiento de paternidad, la imposición de una condena no son finalidades del proceso, sino de quien pretende hacer realidad tales propósitos.

El proceso está marcado por esta transmutación en el que los contenidos, y finalidades de las personas individuales o colectivas, otorgan y transfieren formalmente su valor connotativo al proceso; de este modo, en las diversas disciplinas científicas se estudia procesos según la materia o finalidad que se trate.

De este modo, el proceso volitivo o intencional concebido como una serie de actos coordinados para la consecución de un propósito jurídico, es propiamente el proceso jurídico, como por ejemplo el proceso de producción legislativa, el proceso de elaboración de un contrato, el proceso destinado a obtener una resolución judicial que resuelva un conflicto intersubjetivo de intereses.

2. Proceso judicial

El proceso judicial es el instrumento jurídico instituido por el Estado

³⁷ Francisco Ramos Méndez, en su obra *Derecho y Proceso* (Librería Bosch, Barcelona, 2000, p.42-43), informa que ya en 1950 Fenech había puesto de relieve cómo la noción de proceso trasciende el campo del derecho procesal, por no ser un concepto específico y limitado de esta ciencia y al señalar que en el mundo de las ideas y en la realidad existen muchos procesos, de los cuales solamente uno es objeto de estudio por el derecho procesal.

³⁸ *Salvatore Satta* sobre el particular reflexionaba: “¿Tiene el proceso una finalidad? No se diga, por caridad, que la finalidad es la actuación de la ley o la defensa del derecho subjetivo, o el castigo del reo, y tampoco la justicia o la investigación de la verdad: si esto fuese verdad, sería absolutamente incomprensible la sentencia injusta, y la misma fuerza de la cosa juzgada, que cubre, mucho más que la tierra, los errores de los jueces. Todos estos pueden ser y son los fines del legislador que organiza el proceso, de la parte y del ministerio público que en concreto lo promueve, no la finalidad del proceso.” (*Derecho Procesal Civil*. Vol.III, EJEA Buenos Aires 1971, p.11)

mediante ley para permitir el despliegue de la función jurisdiccional y el ejercicio del derecho de acción cuya respuesta final se traduce en el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, independientemente del sentido de la decisión y siempre que se haya preservado el derecho al debido proceso.

El proceso judicial está constituido por un conjunto de actos procesales que deben realizarse para la obtención de la resolución final que resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses, la incertidumbre jurídica, elimine el riesgo o peligro en la demora, la insatisfacción del actor o imponga determinada sanción por la lesión a bienes jurídicos protegidos.

Puede asimismo sostenerse que el proceso judicial es la categoría de proceso reservado al accionar de los justiciables frente al Estado en función jurisdiccional. El *proceso procesal* como lo denomina y define Devis Echandía es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante y por los órganos jurisdiccionales para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización forzada de los derechos que pretendan tener las personas individuales o colectivas ante su incertidumbre su desconocimiento o insatisfacción o también para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones.³⁹ Más resumidamente Salvadores Satta lo define como el desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de resoluciones jurisdiccionales.⁴⁰

El término proceso, informa el mismo autor, se gestó en el derecho canónico: el *processus iudicii*. Ha llegado a la doctrina italiana a través de la doctrina alemana. La recepción doctrinaria y legislativa siguió su curso; así la doctrina italiana irradió posteriormente su influencia a España y a los países latinoamericanos. En correspondencia con la adopción del término proceso el

³⁹ Devis Echandía: Teoría General del Proceso. Editorial Univeridad, Buenos Aires 1984, p.153

⁴⁰ Es la esencia del concepto elaborado por Enrico Redenti, en Derecho Procesal Civil, p. 87.

procedimiento civil ha cedido su puesto al derecho procesal civil.⁴¹

Compartimos el punto de vista del profesor Francisco Ramos Méndez⁴² cuando precisa que el proceso es jurídico en cuanto está regulado por el derecho. Pero al mismo tiempo el proceso es algo vivo en la realidad, y como tal sujeto a condicionamientos que moldean su juridicidad adaptándola a la situación concreta en que se desenvuelve. Es más, a veces, las condiciones sociológicas priman sobre las demás y modifican incluso la recta aplicación del proceso en su juridicidad.

Sin embargo, pese a la consistente fundamentación doctrinaria elaborada para la adopción del término proceso, el término procedimiento, de origen francés, conserva una vieja y tenaz vitalidad, tal como lo demuestra la existencia de códigos adjetivos que siguen denominándose *código de procedimientos* e incluso *ley de enjuiciamiento civil*, como en el caso de España.⁴³

El proceso judicial puede ser estudiado y clasificado a través de diversas variables, temática en la que no nos detendremos por corresponder su estudio a la teoría general del proceso. Sin embargo, limitándonos al proceso civil señalamos que entre las variables de mayor empleo figuran las siguientes: estructura, finalidad, la existencia o no de conflicto entre las partes, puede ser simple o complejo. Son el tipo de tutela reclamada y la naturaleza de la pretensión los que determinan la naturaleza de la vía procedimental. La pretensión del actor y la tutela jurisdiccional pueden ser de naturaleza cognitoria, ejecutiva y de cautela; los procesos civiles, por reflejo, reciben las mismas denominaciones.

3. Proceso civil.

Chiovenda, padre del procesalismo italiano propone el concepto matriz del

⁴¹ Satta Salvatore: Derecho Procesal Civil. EJA Buenos Aires 1968, p.115

⁴² Ramos Méndez, Francisco: Derecho y Proceso. Librería Bosch, Barcelona 1979- pp. 41-42.

⁴³ En la exposición de motivos de la LEC (fundamento IV) se explica esta posición al decir que “se elude, sin embargo, hasta la apariencia de doctrinarismo y, por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así por ejemplo se siguen utilizando los términos juicio y proceso como sinónimos y se emplea en unos casos los vocablos pretensión o pretensiones y en otros el de acción o acciones...”

proceso civil a partir del cual se han elaborado diversas definiciones; afirma este maestro que el proceso civil es “el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.”⁴⁴ Las propuestas conceptuales posteriores se caracterizan por poner mayor énfasis en el interés público o en el privado o en ambos a la vez, tal como lo veremos a continuación.

Por su parte Carnelutti define al proceso civil como aquella operación mediante la cual se obtiene la composición del litigio.⁴⁵

El proceso civil – según Ugo Rocco - es el conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil o sea el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para la declaración de certeza o para la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas mismas normas”.⁴⁶

Eduardo Couture enfatiza que la idea del proceso es necesariamente teleológica; por consiguiente, si no culmina en la cosa juzgada, el proceso es sólo procedimiento.⁴⁷

Desde una visión integral en la que confluyen tanto el interés público como el privado Jaime Guasp⁴⁸ define al proceso como aquella “institución jurídica que tiene por objeto la satisfacción pública de pretensiones, cuando estas pretensiones, por la materia sobre que recaen, afectan al ordenamiento jurídico privado.”

Enrique Véscoli, define al proceso como “*El conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto (composición del litigio, satisfacción de pretensiones, etc.)*”

⁴⁴ Chiovenda Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol.I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p.37.

⁴⁵ Carnelutti Francesco: Sistema de Derecho Procesal Civil. T.I. UTHEA Argentina 1944. p.49

⁴⁶ Rocco Ugo: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.I. TEMIS – DEPALMA 1976, p. 114

⁴⁷ Couture Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil. DEPALMA, Buenos Aires 1973, p.122.

⁴⁸ Guasp Delgado Jaime: Derecho Procesal Civil. T-I. Editorial Civitas, Madrid 1998, p.42.

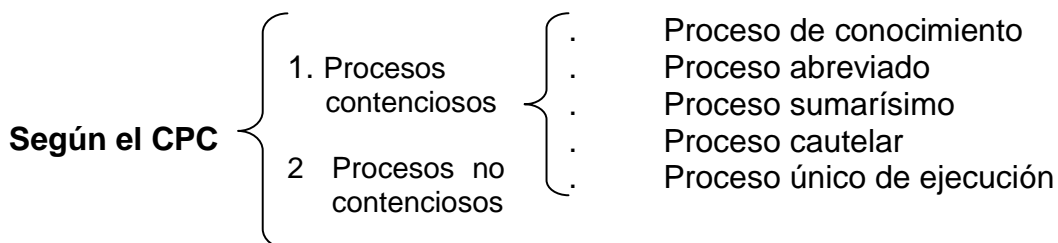
y resulta en último término un instrumento para cumplir los objetivos del Estado; imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez brindar a éstos la tutela jurídica...⁴⁹.

Adhiriéndose a la propuesta conceptual de Eduardo Couture, el profesor sanmarquino Jorge Carrión Lugo⁵⁰ concibe al proceso como una serie de actos que se desenvuelven y se producen progresivamente, con el fin de resolver mediante un juicio de autoridad un conflicto de intereses sometido al conocimiento y decisión del titular de la decisión. Por ello que la idea de proceso no se queda en la simple secuencia de actos sino que persigue la solución del conflicto, mediante una resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada.

Por nuestra parte definimos al proceso civil como aquel conjunto de actos concatenados entre sí, realizados por los sujetos de derecho para la materialización de la tutela jurisdiccional efectiva, expresada en la eliminación de una incertidumbre jurídica, la declaración (adquisitiva, modificativa o extintiva) de un derecho, la imposición de un deber de prestación (dativa, conservativa o transformativa), la realización de derechos contenidos en títulos ejecutivos o de ejecución y el aseguramiento o cautela de pretensiones definitivas o situaciones cautelables.

3.1. Clases

La clasificación del proceso civil, puede efectuarse a partir de diversas variables, nos limitaremos a aquellas relacionadas con nuestra legislación, la finalidad y la estructura del proceso.



⁴⁹ Véscovi Enrique: "Teoría _General del Proceso" Edit. Temis Bogotá, 1984, p.103.

⁵⁰ Carrión Lugo, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Civil. T-I. Editora Jurídica Grijley, 1ª. Edición, Lima-Perú, 2000, p.148.

Según su finalidad { 1. Proceso de conocimiento
2. Proceso ejecutivo
3. Proceso cautelar

Según su estructura { 1. Proceso simple
2. Proceso complejo

4. Proceso y procedimiento

Procedimiento, según el diccionario de la lengua española significa “Acción de proceder”, “método de ejecutar algunas cosas”, “actuación por trámites judiciales o administrativos.”

El proceso preliminarmente es percibido como una actividad que como ya se dijo está compuesto de actos que juntos persiguen un fin. Es preciso señalar que todo acto realizado en la dinámica procesal presenta en su estructura dos aspectos complementarios que por razones didácticas podría admitirse entre ambos la existencia de una relación categorial de continente y contenido. Procedimiento y proceso son estos dos aspectos complementarios una misma realidad.

Lo común, habitual y natural es que se perciba la manifestación externa de toda acción humana, el acto de proceder; esto es, el procedimiento entendido como el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso. El procedimiento denota la idea de avanzar de un acto a otro hacia la meta. El procedimiento alude al fenómeno externo, a lo rutinario en el desenvolvimiento de las actividades que realizan las partes y el órgano de la jurisdicción, en suma los sujetos del proceso, conforme a las pautas preordenadas por la ley procesal.

La idea del proceso es unitaria, se vincula íntimamente con la tutela jurisdiccional efectiva pues a través de él realizamos tanto el interés particular de

quien reclama tutela judicial como el interés público al materializar los mandatos abstractos contenidos en el ordenamiento jurídico. Por ello, como lo destaca Couture, el proceso alude al aspecto finalista. Además la noción de proceso es ontológica pues a través de él se trata de establecer las categorías fundamentales o modos generales de ser de sus componentes subjetivos y objetivos a partir del estudio de su naturaleza jurídica, características y trascendencia. El afianzamiento del término proceso puede compararse con la trascendencia jurídica del concepto de acción cuya construcción precursora por la Escuela Alemana permitió sentar las primeras bases de la ciencia procesal contemporánea.

La elaboración doctrinaria y positivización del término *proceso* recorren la primera mitad del siglo XX. Las primeras construcciones doctrinarias muestran la evolución y desarrollo de ese fenómeno en el que las diferencias entre proceso y procedimiento aún no adquieren perfiles nítidos.

Así el profesor de la universidad de Munich W. Kisch 1932 sostenía que el proceso a primera vista se presenta como una actividad que se compone de una pluralidad de actos al que se denomina procedimiento. “El proceso es pues un procedimiento. Pero este procedimiento está regido y dominado por normas jurídicas, de manera que los que se realizan dentro de él son regulados por la ley y se convierten en actos jurídicos. Tiene que ser así, pues su fin es la obtención de un efecto o regulado jurídico, de un determinado acto de jurisdicción del Estado. Las condiciones bajo las que se puede alcanzarse este resultado están taxativamente fijadas en la ley, por lo cual el proceso en cuanto totalidad de actos de esta naturaleza jurídica es un procedimiento jurídicamente regulado.”⁵¹

En suma el procedimiento indica la serie de actos que se suceden según un orden cronológico, previamente establecido por las normas de derecho procesal civil, desde el momento de inicio del fenómeno hasta su finalización. Entonces, si por proceso se concibe al conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto, la eliminación de una incertidumbre jurídica, la imposición de una sanción por

⁵¹ Kisch W: Elementos de Derecho Procesal Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1940. p.15.

afectación de un bien jurídico protegido, convirtiéndose finalmente en un instrumento para cumplir los objetivos del Estado, imponiendo a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez brindar a éstos la tutela jurídica⁵² entonces, el procedimiento debe entenderse tan sólo como el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso.

⁵² Véscovi Enrique: “Teoría _General del Proceso” Edit. Temis Bogotá, 1984, p.103.

CAPITULO CUARTO

EL PROCESO CAUTELAR

Sumario: 1) Concepto. 2) Proceso cautelar y proceso cautelado. 3) Autonomía. 4) Universalidad de aplicación. 5.) Acumulación. 6) Demanda.

1. Concepto

Es aquel proceso contencioso cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional dictada en proceso contencioso o no contencioso; se materializa a través de medidas asegurativas, conservativas transformativas y anticipatorias. La expresión proceso cautelar se usa para indicar el desenvolvimiento de la función jurisdiccional cuando se dirige a emitir decisiones destinadas a garantizar la eficacia de una pretensión principal.

Podemos afirmar entonces que el proceso cautelar es el conjunto de actos dirigidos a obtener una decisión jurisdiccional a efectos de garantizar, asegurar o prevenir la efectividad de una decisión respecto de un proceso principal o proceso cautelado. En tanto que el procedimiento cautelar es el aspecto externo, o conjunto de trámites que permiten la realización de los actos procesales cautelares y por consiguiente del proceso cautelar mismo.

En opinión de Ugo Rocco *"cuando hablamos de un proceso cautelar, entendemos referimos a aquel tipo de proceso que tiene como finalidad cautelar una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza, o que podrá más adelante ser objeto de un juicio futuro de declaración de certeza sin que importe el hecho de que la finalidad cautelar se presente como objeto principal al cual se dirija la actividad jurisdiccional, o se presente acaso como un momento o una fase incidental, en otra forma de actuación del derecho y particularmente de declaración de certeza o de*

*condena*⁵³.

El concepto elaborado por el distinguido maestro italiano limita el ámbito del proceso cautelar a *una situación de hecho o de derecho que es ya objeto de un juicio pendiente de declaración de certeza, o que podrá más adelante ser objeto de un juicio futuro de declaración de certeza*, en suma, a los procesos de cognición; sin embargo, como ya lo señalamos antes, estudios posteriores ampliaron los alcances de las decisiones cautelares a: 1) la modificación misma de la situación fáctico-jurídica lesiva a los fines de la pretensión principal; y, 2) la ejecución anticipada, total o parcial, de aquélla, incluso antes del inicio del proceso objeto de cautela.

Por su parte Víctor Fairén Guillén⁵⁴ sostiene que el proceso cautelar es una categoría discutida que se halla al servicio del proceso declarativo y del proceso ejecutivo, trata de facilitar el desarrollo normal de ambos. Añade luego que la base de los procesos cautelares se halla en la existencia de una “sospecha de buen derecho en el fondo”, del “*fumus boni iuris*”, que autorizará su puesta en marcha, pero en cierta relación con el proceso de fondo.

2. Proceso cautelar y proceso cautelado

La expedición del auto cautelar requiere del despliegue de una cognición sumaria de los fundamentos de hecho y derecho de la petición cautelar así como el examen preliminar de la consistencia del soporte probatorio aportado para establecer la concurrencia de los presupuestos de fondo exigidos por ley: a) la apariencia del derecho invocado, b) la necesidad de la emisión de la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o cualquier otra razón justificable y c) la razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

⁵³ Rocco Ugo: "Tratado de Derecho Procesal Civil" T.V. Edil. Temis Bogotá 1977, p.8. Véscovi Enrique: "Teoría General del Proceso" Edil. Temis. Bogotá, 1984, p.103.

⁵⁴ Fairén Guillén, Víctor: Doctrina General del Derecho Procesal. Librería Bosch, Barcelona 1990. pp.46-47

Sin embargo, la realización de esta actividad jurisdiccional cognitoria extremadamente sumaria y contingente⁵⁵ no es realizada para el proceso cautelar en sí mismo, sino para el proceso principal o cautelado. Es en última instancia una cognición sumaria y provisoria de la pretensión principal.

El proceso principal o cautelado (de conocimiento, único de ejecución o no contencioso) para su eficacia, por lo general, requiere del proceso cautelar. Son limitados los casos en los que el primero no requiere del segundo. Del mismo modo, el proceso cautelar tiene vigencia y adquiere relevancia solo en función e interés de la pretensión principal, también en limitados casos puede resolver el conflicto por plantearse en el proceso principal. El proceso cautelar existe para el proceso principal; luego éste sólo puede ser tal gracias al proceso cautelar, salvo limitadas excepciones.

El proceso cautelar sólo puede ser comprendido en su mutua correspondencia y complementariedad con los procesos de cognición, de ejecución e incluso los procesos no contenciosos. Así tenemos que, por lo general, lo resuelto en los denominados procesos cognitorios condenatorios no logran eficacia si no es a través de un proceso único de ejecución; a su vez, ambos eliminan cualquier incertidumbre respecto a la eficacia de la ejecución sólo mediante el proceso cautelar. Los nexos y complementaciones entre procesos es inobjetable. Como se indicó en el párrafo precedente, no todos los procesos requieren de medida cautelar, más estos son los casos reducidos y excepcionales. En conclusión el proceso cautelar tiene la misma importancia y trascendencia que los denominados pretensiosamente procesos principales.

Por ello Enrico Tulio Liebman⁵⁶, explica que para la clasificación del proceso, el elemento decisivo sólo es otorgado por el objeto del acto final al cual el proceso se dirige. Por esa razón, el proceso cautelar se contrapone, como *tertium genus*, al de conocimiento y al de ejecución y se caracteriza por su función

⁵⁵ La decisión cautelar es contingente porque la confirmación del acierto de tal decisión sólo será posible cuando se expida la sentencia correspondiente o provisoriamente cuando se confirme o revoque el auto en el caso de ser apelado

⁵⁶ LIEBMAN. Enrico Tulio. *Unidad del procedimiento cautelar: problemas del proceso civil*. Nápoles, 1962. p. 109.

instrumental, auxiliar, en la confrontación con un proceso principal del cual busca garantizar el provecho del resultado en los casos admitidos por ley.

3. Autonomía

El artículo 635º del CPC alude a la autonomía del proceso cautelar en los siguientes términos: *"Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial"*.

El conjunto de actos ordenados secuencialmente para la obtención de la medida cautelar, sin duda alguna, constituye un proceso autónomo; mas esta autonomía es formal, en modo alguno sustancial. El hecho que se forme un cuaderno especial, como lo señala la norma, constituye la evidencia de que estamos frente a una autonomía procedimental, formal, más ello no agota los alcances de su autonomía.

El proceso cautelar no constituye el apéndice de un proceso de cognición ni únicamente un medio de aseguramiento del proceso de ejecución, sino un complemento funcional de cualquier tipo de proceso. No existe un proceso cautelar específico de cognición o de ejecución, su carácter instrumental le otorga universalidad de aplicación por lo que podrán adoptarse medidas cautelares en cualquier proceso, sea éste contencioso o no contencioso. Podría incluso sostenerse la dependencia funcional de los demás procesos a la autonomía instrumental del proceso cautelar; ¿pueden los demás procesos demostrar su eficacia y pretendida autonomía sin el necesario concurso del proceso cautelar?

El proceso cautelar, no obstante su necesaria conexidad con la pretensión principal, tiene su propia sustantividad que no puede equipararse con autonomía sustancial: la medida cautelar se adopta bajo presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal. El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias es un derecho exclusivamente procesal. En suma es un derecho frente al Estado por el que se pide que se asegure la efectividad plena de la futura sentencia, en tanto se tramite el proceso principal, es el derecho constitucional a la seguridad.

Giuseppe Chiovenda afirma que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma por si misma de acción aseguradora; y es pura acción que *no puede considerarse como accesorio del derecho garantizado*, porque existe como poder *actual*, cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; razonamiento jurídico que abona a favor de la autonomía de la tutela cautelar. Que el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto."⁵⁷

Piero Calamandrei, por su parte, refiriéndose a este tema dice lo siguiente: "...que las providencias cautelares tienen su inconfundible fisonomía procesal que permite colocarlas en la sistemática del proceso como categorías por sí mismas, determinables a base de criterios que, aun no siendo los mismos que sirven para distinguir las providencias de cognición de las de ejecución, no se transforman por eso de procesales en materiales..."⁵⁸

Ramiro Podetti con meridiana claridad sostiene que "El concepto de autonomía de las medidas cautelares, sin la necesaria relación a su unidad, puede llevar a serias confusiones. No existe, a mi juicio, una acción cautelar (en sentido clásico de acción), diferente de una acción de condena o declarativa o constitutiva o ejecutiva (...) En mi concepto, pues, hablar de la autonomía de las medidas cautelares o propugnarla, es afirmar su unidad conceptual y funcional; la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática"⁵⁹.

⁵⁷ Chiovenda, Giuseppe: "Instituciones de Derecho Procesal Civil." Vol. 1, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1948, pp.281, 282.

⁵⁸ Calamandrei, Piero: Ob. cit. p.137.

⁵⁹ Podetti, Ramiro: "Derecho procesal civil, comercial y laboral, "Tratado de las medidas cautelares" T.IV, Ediar S.A.a Editóres, kBs.As. 1956, pp. 15, 17.

En la realidad normativa la autonomía de las medidas y del proceso cautelar permite que éste se inicie sin que preexista el proceso principal, puede anticiparse formalmente a la existencia de éste. En no pocos casos en la ejecución de la medida cautelar, el obligado opta por efectuar el pago de la obligación insatisfecha. En este caso no será necesario dar inicio al proceso principal, porque la pretensión de dar suma de dinero ya habría sido satisfecha, tampoco podría operar la cancelación de la medida sino la conclusión del proceso cautelar. De todas maneras, en este caso el proceso cautelar no existió para autosatisfacerse sino para lograr el cumplimiento de una obligación cuya tramitación no requirió iniciarse; es decir, se puso en evidencia la autonomía procesal mas no sustancial del proceso cautelar.

Reiteramos, así como no existe proceso cautelar específico, debido a su universalidad de aplicación, tampoco existe proceso cautelar que no esté necesariamente relacionada con otro proceso por iniciarse o iniciado cuya eficacia garantiza; por consiguiente, como muy bien señala Ramiro Podetti, pronunciarse por la autonomía del proceso cautelar o propugnarla, es afirmar su unidad funcional y conceptual, es tomar posición por la existencia de una doctrina y la posibilidad y conveniencia de su estructuración sistemática.

El la doctrina nacional Juan Monroy Gálvez se alinea tras esta posición predominante en la doctrina, al considerar que: "Probablemente la demostración más palmaria de la existencia autónoma de la acción cautelar, está dada por el caso de una demanda infundada. En efecto, es perfectamente factible obtener una medida cautelar en un proceso que posteriormente acabe con el rechazo de la pretensión. Esto significa que a pesar de la inexistencia de un derecho material a ser protegido, el actor puede obtener una medida cautelar; en consecuencia su existencia no depende de la existencia del derecho sustantivo que garantiza, tiene vida propia."⁶⁰

⁶⁰ Monroy Gálvez, Juan: "Temas de Derecho Procesal Civil" Ediciones librería Studium, Lima-Perú 1987, p. 21.

César San Martín Castro, siguiendo a Ortells Ramos sostiene que la dependencia y subordinación del proceso cautelar al proceso principal es la consecuencia de la función que cumple el proceso cautelar que es precisamente lo que le da entidad propia, y la falta de unidad del procedimiento cautelar no dice de su falta de autonomía del proceso cautelar, sino de la exigencia teórica de reestructurar su base normativa⁶¹.

Juan José Monroy Palacios⁶² por su parte considera que la autonomía debe ser analizada según la finalidad que persigue la prestación cautelar; desde allí observaremos que, mientras el objetivo de un proceso judicial consiste en solucionar un conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica (mérito del proceso), la cautela busca garantizar la eficacia de dicho proceso” acota finalmente que “se trata de una autonomía teleológica y no procedimental.”

La autonomía formal conceptual de las medidas cautelares y por tanto del proceso mismo sólo puede ser concebida sobre la base de correspondiente naturaleza instrumental: en lo sustancial las medidas cautelares sólo existen por y para la pretensión cautelada o principal puesto que en esencia carecen de una pretensión propia; las medidas cautelares son provisorias porque existen sólo para el éxito y eficacia de las pretensiones principales o definitivas, las únicas que al ser amparadas pueden alcanzar la calidad de definitivas, con la calidad de cosa juzgada.

Dentro de la línea de razonamiento desarrollado hasta esta parte, Giuseppe Tarzia⁶³ considera que la autonomía de la tutela cautelar debe ser reafirmada bajo el doble perfil de la función y de la estructura. En cuanto a la primera, la tutela cautelar aparece efectivamente un *tertium genus* respecto de aquella de cognición y de ejecución, a una u otra de las cuales está no obstante ligada por un nexo de instrumentalidad, que afirma su especificidad incluso respecto de las tutelas sumarias no cautelares (...) Bajo el perfil de la estructura, pues la unidad del

⁶¹ San Martín Castro, César: Derecho Procesal Penal. Volumen II. Edit. Grijley. Lima Perú, 2001. p.784.

⁶² Monroy Palacios, Juan José: Bases para formación de una teoría cautelar. Comunidad 2002, Lima Perú, p.147.

⁶³ Tarzia Giuseppe: La tutela cautelar. Artículo publicado en Medidas Cautelares, obra coordinada por Jaime Greif. Editorial Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires 2002 p. 485.

procedimiento cautelar se funda sobre la unidad de la acción (y consecuentemente del interés de accionar), con la cual no contrasta el hecho de que el procedimiento mismo pueda estar articulado en diversas fases de autorización de ejecución y quizás aun de convalidación.(...) Con relación al reconocimiento de la autonomía estructural del procedimiento cautelar, acota que ya emerge del Derecho positivo, encuentra un ulterior reencuentro, en el Derecho viviente, en el desarrollo cada vez creciente de la función anticipatoria y en la siempre más marcada independencia de la acción cautelar respecto de aquella de mérito a la cual queda vinculada...

En conclusión la autonomía de las medidas cautelares es normativa, conceptual, funcional y procedimental, en modo alguno sustancial. En términos prácticos, la actividad procesal desplegada en el proceso cautelar, en lo formal procedimental no es dependiente del proceso principal, más en lo sustancial todo lo que ocurra en el proceso cautelar es realizado por y para el principal; la actividad procesal cautelar es en lo sustancial actividad efectuada para el principal.

Según Lino Enrique Palacio⁶⁴ el proceso cautelar goza conceptualmente de autonomía por su peculiar estructura, grado de conocimiento diferenciado y particular, impuesto para la adopción de las medidas cautelares y por la provisionalidad de sus resoluciones.

Finalmente, es justo decir que la autonomía del proceso cautelar es negada por varios autores, entre ellos los profesores españoles Serra Domínguez y Ramos Méndez. Sostienen que la forzosa dependencia y subordinación del procedimiento cautelar respecto del proceso principal, del que tan solo es un simple incidente, así como la falta de unidad de los diversos procedimientos que debe adaptarse a la situación sustancial garantizada, impiden la mentada autonomía.

Seguidamente transcribimos una sentencia casatoria que de manera intuitiva y con una motivación primaria expresa la posición que acabamos de

⁶⁴ Palacio Lino Enrique: Derecho Procesal Civil. T.VIII, Abeledo-Perrot p.18

exponer respecto a la conexión sustancial entre proceso cautelar y proceso principal y que la actividad cautelar es en última instancia actividad que no puede ser desvinculada del proceso central o principal.

Casación N° 544-2003, LIMA. *Cumplimiento de contrato. Lima, nueve de julio de dos mil tres. LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:* Vista la causa número quinientos cuarenta y cuatro - dos mil tres, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Almacenes del Sur Sociedad Anónima-ALMASUR, mediante escrito de fojas trescientos sesentiséis, contra la resolución de vista emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas trescientos cincuentisiete, de fecha dieciocho de diciembre de dos mil dos, que confirmando la sentencia apelada declara el abandono del proceso y en consecuencia da por concluido el mismo sin declaración sobre el fondo, con lo demás que contiene; **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que concedido el recurso de casación de fojas trescientos setenta y tres fue declarado procedente por resolución del catorce de abril de dos mil tres por la causal contemplada en el inciso tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, sustentada en la contravención de las normas que garantizan el debido proceso, porque se debió tener a la vista el cuaderno cautelar, a fin de verificar si la resolución del treinta de octubre del dos mil uno fue realmente la última expedida en el proceso y en virtud de la cual se ha declarado el abandono, pero no se aprecia de la copia de actuados en el cuaderno cautelar que su parte adjuntó al escrito de apelación de fojas doscientos noventa y cuatro a trescientos dos, que la última resolución expedida en el proceso es de fecha nueve de abril de dos mil dos, emitida por la misma Sala, lo que implica que tan sólo a un mes de la declaración de abandono del proceso, se han dado actos de impulso, por lo que no ha transcurrido el plazo de ley para declarar el abandono y porque la demandada Inversiones Luna Sociedad Anónima, contestó la demanda. Siendo la mencionada la única demandada (y teniendo en cuenta que el juzgado de primera instancia rechazó sucesivamente las intervenciones que en el proceso

pretendieron las demás entidades que debían ser notificadas, por no considerarlas parte del mismo), por ende, no existía motivo para que no se procediera al saneamiento procesal de oficio por el juez; **CONSIDERANDO: Primero.-** Que la casación se sustenta en que para los efectos de declarar el abandono del proceso, se debió tener a la vista el cuaderno cautelar, porque en el mismo tan sólo a un mes de la declaración de abandono del proceso, se había dado actos de impulso, por lo que no había transcurrido el plazo de ley para declarar el abandono, **Segundo.-** Que si bien el artículo seiscientos treinta y cinco del Código Procesal Civil dispone la autonomía del proceso cautelar, no puede desconocerse que la medida cautelar pretende asegurar el cumplimiento o eficacia de la decisión judicial última y definitiva recaída en un proceso; **Tercero.-** Que al respecto, el tratadista, doctor Juan Monroy Gálvez, en su obra “La Formación del Proceso Civil Peruano Escritos Reunidos”, en su página setenta y uno expresa “La medida cautelar es, en principio, una institución procesal, a través de la cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo definitivo (es decir, del que se va a ejecutar), ordenando se adelante algunos aspectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales existentes a la interposición de la demanda, no sean modificadas; **Cuarto.-** Que esto determina que el cuaderno de medida cautelar se encuentra vinculada directamente al proceso principal; **Quinto.-** Que, por ello, cuando la medida cautelar se encuentra en trámite, no se puede declarar el abandono del proceso, aun cuando el expediente principal se encuentre paralizado por más de cuatro meses; **Sexto.-** Que, al haberse declarado el abandono del proceso principal, sin tener a la vista el cuaderno cautelar, que podía impedir el abandono, por encontrarse en trámite, se ha incurrido en la causal de nulidad contemplada en el artículo ciento setenta y uno del Código Procesal Civil; **Sétimo.-** Que por las razones expuestas y presentándose la causal del inciso tercero del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, y de conformidad con el acápite dos punto tres del inciso segundo del artículo trescientos noventa y seis del Código Adjetivo, declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Almacenes del Sur – ALMASUR mediante escrito de fojas trescientos sesentiséis y en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas trescientos cincuenta y siete del dieciocho de

diciembre del dos mil dos, e **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas doscientos noventa y uno del nueve de mayo del dos mil dos; **ORDENARON** al juez expedir nueva resolución teniendo a la vista el cuaderno de medida cautelar; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos por Almacenes Generales del Sur Sociedad Anónima (ALMASUR) con Inversiones Luna Sociedad Anónima, sobre cumplimiento de contrato; y los devolvieron.

SS. ECHEVARRÍA ADRIANZÉN, AGUAYO DEL ROSARIO; LAZARTE HUACO; PACHAS AVALOS; QUINTANILLA QUISPE. “

4. Universalidad de aplicación

Dado el carácter doblemente instrumental del proceso cautelar y debido a su propia naturaleza, el proceso cautelar sirve a todos los procesos, independientemente de su carácter contencioso o no contencioso. La autonomía del proceso cautelar, entre otras razones, se evidencia precisamente en la posibilidad de poder servir a todos los procesos sin pertenecer a la estructura de ninguno de ellos.

En el Código Procesal Civil peruano este principio subyace en toda la regulación normativa inherente al proceso cautelar; empero no está contenido expresamente en norma alguna.

El artículo 274° del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, regula este principio con el siguiente tenor: “*Universalidad de aplicación*. Las medidas cautelares podrán adaptarse en cualquier proceso tanto contencioso como voluntario.

Se adoptarán en cualquier estado de la causa e incluso como diligencia preliminar de la misma. En este caso las medidas cautelares caducarán de pleno derecho si no se presentare la demanda entro de los veinte días de cumplidas, condenándose al peticionario al pago de todos los gastos del juicio y a los daños y perjuicios causados.

Las medidas cautelares se decretarán siempre a petición de parte, salvo que la ley autorice a disponerlas de oficio, y se adoptarán bajo la responsabilidad de quien las solicite.”

El Código General del Proceso del Uruguay siguiendo al Código Modelo reproduce íntegramente el primer párrafo del artículo en referencia. Artículo 311.1. *"Las medidas cautelares podrán adoptarse en cualquier proceso, tanto contencioso como voluntario."*

5. Acumulación

La acumulación como instituto procesal está sustentada en los principios de concentración, economía y celeridad procesales y tiene por finalidad reunir en un solo proceso a una pluralidad de personas en la posición de demandantes, demandados o terceros, frente a una pretensión singular, o reunir y resolver una pluralidad de pretensiones frente a demandante o demandado singulares, evitando así costos y actividad procesal innecesarios. El principio de congruencia procesal es otro de los principios rectores de la acumulación puesto que su finalidad subyacente consiste en evitar la expedición de sentencias y en general, resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto⁶⁵.

La acumulación en el proceso cautelar sigue los propósitos de la pretensión principal por lo que también son de aplicación los mismos criterios de cada una de las formas de acumulación: objetiva y subjetiva. Así podrá demandarse individualmente o en litisconsorcio activo una o más medidas cautelares contra una o más personas, siempre que no se incurra en excesos vulneratorios del principio de proporcionalidad.

Para los casos ordinarios en los que la medida o medidas dispuestas pueden ser ejecutadas el mismo día la norma establece, en el segundo párrafo, que “Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al

⁶⁵ Pérez Ríos Carlos Antonio: La acumulación en el proceso civil peruano. Prysma 2007. p.30

afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.”

Sin embargo, uno de los problemas pendientes, pese a las normas modificatorias dictadas últimamente, está referido a la ejecución de medidas cautelares acumuladas (acumulación objetiva originaria) que no pueden ser ejecutadas el mismo día. No existen regulaciones específicas para el caso planteado y esto da lugar a que el funcionario judicial autorizado para la ejecución de las medidas dispuestas incurra en arbitrariedad al ejecutar una de las medidas cautelares y no notificar la resolución por no haber ejecutado aún las demás, o bien desnaturalice el procedimiento al notificar al ejecutado con la resolución cautelar al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior incluyendo las medidas cautelares aún no ejecutadas.

Con la vigencia del Decreto Legislativo 1069, se ha modificado el tenor del artículo 637° del CPC adicionándose el tercer párrafo: “Cuando la decisión cautelar comprenda varias medidas, la ejecución de alguna o algunas de ellas, que razonablemente asegure el cumplimiento de la sentencia, faculta al afectado a interponer la apelación, siguiendo el procedimiento indicado en el párrafo anterior.” Se infiere del tenor de la norma modificatoria que luego de la ejecución de alguna o algunas de ellas se notifica la resolución cautelar conteniendo todas las medidas cautelares dispuestas, aunque sólo hubieran sido ejecutadas alguna o varias de ellas.

Nuestra posición:

Consideramos que la solución legislativa no es la más idónea, sin embargo, entre la afectación del derecho a la instancia plural y la necesidad de la tramitación *inaudita altera pars* para garantizar el éxito de la ejecución cautelar, en un adecuado test de proporcionalidad, el legislador optó por la preservación del derecho a la instancia plural, uno de los derechos constitutivos esenciales del derecho al debido proceso.

6. Demanda

El artículo 610° del CPC dispone que "El que pide la medida debe: 1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; 2. Señalar la forma de ésta; 3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación; 4. Ofrecer contracautela; y 5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal."

Es frecuente denominar a la demanda cautelar, simplemente solicitud cautelar y ello no es un problema semántico sino conceptual puesto que tiene su correlato en el tratamiento del tema cautelar ya sea como un proceso o como un mero procedimiento. Refleja la concepción asumida por el legislador.

La demanda bajo criterios formales es el medio de expresión del derecho de acción y de postulación de la pretensión. Desde una perspectiva sustancial la demanda es un acto jurídico procesal unilateral por el cual el actor requiere al Estado en función jurisdiccional la promoción de su actividad judicial para el reconocimiento o amparo de una pretensión contenciosa o voluntaria. La demanda con pretensión cautelar no es una solicitud cualquiera, no es un simple documento dirigido al órgano jurisdiccional; muy por el contrario, es un típico acto de postulación procesal mediante el cual se reclama tutela cautelar.

Asimismo no puede descartarse el carácter contencioso de la pretensión cautelar y por tanto del proceso. El auto cautelar contiene la decisión judicial para afectar bienes, intereses y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores en su caso.

Concluimos manifestando que la solicitud de medida cautelar constituye un típico y especialísimo acto de postulación procesal, evidencia un pedido de tutela jurisdiccional cautelar; afecta derechos y bienes del obligado, por consiguiente, consideramos que la denominación normativa debe ser demanda y no solicitud.

CAPITULO QUINTO

LA MEDIDA CAUTELAR

Sumario: 1. Alcance conceptual. 2) Presupuestos. 3) Características. 4) Tramitación *inaudita altera pars*. 5) Caducidad. 6) Cancelación. 7) Clases.

1. Alcance conceptual

Según el diccionario de la lengua española la palabra *medida* tiene diez acepciones, el sexto significado es el que se relaciona con nuestro objeto de estudio: *medida* con el significado de *disposición, prevención*. Si ahora nos trasladamos al significado de estas dos últimas palabras tenemos que *disposición* es todo *medio que se emplea para ejecutar un propósito, o para evitar o atenuar un mal*, y; *prevención* es *preparación y disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar algo, o también provisión de mantenimiento o de otra cosa que sirve para un fin*. Podemos fácilmente inferir que la palabra *medida*, por si misma, contiene y condensa valores semánticos propios de una decisión cautelar.

Siguiendo al mismo diccionario, tenemos que el vocablo *cautelar*, significa *prevenir, precaver*. A su vez, el verbo *prevenir* presenta los valores semánticos siguientes: *preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin. Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio. Precaver, evitar, estorbar o impedir algo. Advertir, informar o avisar a alguien de algo. Imbuir, impresionar, preocupar a alguien, induciéndole a prejuzgar personas o cosas. Anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción. Disponer con anticipación, prepararse de antemano para algo*. Dentro del mismo ámbito semántico, el verbo *precaver* significa *prevenir un riesgo, daño o peligro, para guardarse de él y evitarlo*. Como observamos dentro de los significados del verbo *prevenir* está comprendido el significado del verbo *precaver*.

Entonces, desde una perspectiva semántica, tenemos que la frase nominal *medida cautelar* presenta la siguiente conformación: el sustantivo *medida* que actuando como núcleo, por sí mismo significa decisión preventiva o cautelar; el adjetivo *cautelar* que actuando como modificador directo dentro de la misma línea semántica no hace más que añadir detalles complementarios y expresividad al sustantivo por lo que la frase nominal *medida cautelar*, según lo analizado, es una expresión pleonástica.

La denominación del instituto que estudiamos, ha sido uno de los primeros problemas que la doctrina debatió y la legislación trasladó a sus ordenamientos jurídicos asumiendo una u otra posición. Ramiro Podetti grafica lo expresado en los siguientes términos: *"Si buscamos su nombre en la pretensión, tendríamos que designarlas como acción o acciones cautelares o conservativas; si en la forma de sustanciarlas, tendríamos que llamarlas procesos o procedimientos cautelares, y si por la resolución, sentencias o decisiones cautelares. Pero, con ninguna de esas designaciones se logra una idea integral de la institución, aparte de que, como veremos en seguida, pueden dar lugar a equívocos"*⁶⁶

El autor referido prefiere el empleo del término *medida* antes que *providencia*, porque dicho sustantivo da idea del objeto y del resultado. Si bien el vocablo significa decisión, su sentido es más amplio que el atribuido a decisión o resolución, porque indica algo que se cumple. Tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir algo, sino ponerlo en ejecución.

En la doctrina y en la legislación al sustantivo *medidas* se le agregan diversos calificativos o complementos que la califican como *medidas*: de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares o previas o preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela o cautelares. Así por ejemplo Chiovenda las llama *medidas provisionales de cautela o conservación*; Goldschmidt, *medidas provisionales de seguridad*; Redenti, *procedimientos cautelares*; Zanzuchi, *medidas cautelares, conservativas o asegurativas*,

66

Podetti Ramiro: Ob. Cit. p.11

provisorias o interinas; Calamandrei providencias cautelares; Carnelutti se refiere a un proceso cautelar; Spota, medidas cautelares; Alsina, medidas precautorias; Reimundín, medidas cautelares.

Estas medidas- dice Chiovenda-determinadas por peligro o urgencia, son llamadas provisionales cautelares o de conservación porque se dictan con anterioridad a que esté declarada la voluntad concreta de la ley que nos garantiza un bien, o antes de que se lleve a cabo su actuación, como garantía de ésta, y varían según la diversa naturaleza del bien que se pretende⁶⁷.

La acción cautelar, no es más que una acción tendiente a obtener una providencia, llamada cautelar, que conservando el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro.⁶⁸

Raúl Martínez Boto, autor argentino, afirma que *"Las medidas cautelares constituyen un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales cuando, antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es prima facie verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida..."*⁶⁹

Mauricio Ottolenghi, sobre el particular, explica que "con el instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas; de tal manera que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela

⁶⁷ Chiovenda Giuseppe: "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Vol. I. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1948, p.280.

⁶⁸ Rocco, Ugo: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. Parte Especial. Proceso Cautelar. Temis-Depalma 1977, p.89.

⁶⁹ Martínez Botos, Raúl: "Medidas Cautelares" Editorial Universidad Bs. As. 1994, p.28.

inmediata, puesto que más que hacer justicia, contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de ésta.⁷⁰

El autor nacional Juan Monroy Gálvez conceptúa a la medida cautelar del siguiente modo: *"Es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba..."*⁷¹

Por nuestra parte sostenemos que medida cautelar es aquella institución procesal que comprende tanto a la pretensión como a la decisión jurisdiccional con las cuales se busca garantizar la eficacia de la decisión final. Se materializa a través de opciones asegurativas, transformativas, conservativas y ejecuciones anticipadas de la pretensión principal.

¿La noción de medida cautelar se irradia a las diversas disciplinas procesales y puede considerarse como un instituto propio de la teoría cautelar?

Afirmamos que el concepto general de medida cautelar cubre todas las opciones procesales, sean estas penales, contenciosas administrativas, laborales, constitucionales, civiles, pretensiones no contenciosas e incluso meramente administrativas.

Se puede entonces afirmar que la medida cautelar es la institución principal de la teoría cautelar, porque en su acepción comprende tanto a la actividad del actor (acción y pretensión) como a la actividad de la judicatura (jurisdicción).

2. Presupuestos.

La adopción de una medida cautelar está supeditada a la concurrencia de determinadas condiciones o presupuestos específicos; estos son los siguientes:

⁷⁰ Ottolenghi, Mauricio A. "Estudios de Derecho Procesal en Honor al profesor Hugo Alsina" Ediar S.A. Editores, Bs.As. 1946, p. 513. citado por Monroy Gálvez en ob. cit.

⁷¹ Monroy Gálvez, Juan: Ob. cit. p.42.

2.1. Verosimilitud del derecho invocado (*Fumus bonis iuris*).

Fumus boni iuris traducido literalmente quiere decir humo de buen derecho, mas en su acepción semántica y jurídica debe entenderse como apariencia o aspecto exterior de derecho *como alta dosis de razonabilidad o la razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón.*

La estimación de una demanda cautelar exige del juez el despliegue de una actividad cognitoria sumaria o juicio de razonabilidad para la comprobación de la verosimilitud del derecho invocado. Esta actividad no está destinada a producir certeza en el juez, sino únicamente considerable probabilidad de amparo de la pretensión principal, razonable apariencia de que el solicitante de la medida litiga con razón, pues quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho⁷². No basta la simple afirmación de tal justificación, el actor debe aportar el suficiente caudal probatorio del cual se derive una apariencia de derecho a su favor, así como el peligro en la demora u otra razón justificable.

En toda actividad de cognición sumaria, como la desplegada para la expedición de una resolución cautelar, es previsible que sólo pueda determinarse la posibilidad o probabilidad de la existencia del derecho, no así la certeza del mismo. El actor no requiere probar la existencia del derecho subjetivo afirmado en el proceso principal, la norma exige que se acredite indicios de probabilidad o de apariencia de buen derecho.

Este presupuesto, en opinión de Silvia Barona Vilar,⁷³ comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal. Este fundamento responde al justo término medio entre la certeza que implica la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre propia de la iniciación de ese proceso. A este término medio es lo que se denomina verosimilitud.

⁷² Fernández, Miguel Ángel: Derecho Procesal Civil III. Editorial. Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. Madrid 1996, p.408.

⁷³ Barona Vilar Silvia y otros: El Nuevo Proceso Civil. Tirant lo Blanch, Valencia 2000. p.743

Los medios probatorios anexados a la demanda constituyen el soporte de la exposición destinada a demostrar la existencia de verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. *“la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a la prueba anexada al pedido.”*(art. 637ª del CPC). Sin embargo la propia norma citada otorga al juez la facultad de disponer excepcionalmente, el otorgamiento de un plazo no mayor de cinco días, para que el demandante pueda *“acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal”* lo cual permitirá al solicitante fortalecer su propuesta probatoria, precisamente para acreditar la referida verosimilitud. Esta sin embargo es una facultad discrecional del juez que será ejercida de acuerdo con la formación, y responsabilidad con la que ejerce el cargo.

Desde una perspectiva dinámica puede decirse que el *fumus boni iuris* es una de las operaciones que el juez debe realizar en el ejercicio de la función jurisdiccional cautelar, y se expresa en la obtención de una declaración de certeza de la apariencia o presunción de la existencia de intereses sustanciales. No se trata pues de obtener una declaración de certeza de la probada existencia de los intereses sustanciales o procesales. Como muy bien precisa Piero Calamandrei *“La cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidades y de verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho aparezca verosímil, o sea para decirlo con mayor claridad, basta que según un cálculo de probabilidades, se pueda prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquél que solicita la medida cautelar. El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis; solo cuando se dicte la providencia principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad”*⁷⁴.

Explica Ugo Rocco, por su parte, que toda cognición sumaria y superficial importa, no la certeza del derecho, sino la posibilidad o la probabilidad de la existencia del derecho, valorada sobre la base de la afirmación por parte del

⁷⁴ Calamandrei Piero: ob. cit. p.77

pretendido titular de él y sobre los elementos indiciarios, más que en verdaderas pruebas, de donde resulta probable la existencia de un derecho, cuya plena declaración de certeza será o podrá ser objeto de una plena y normal declaración de certeza del derecho. Agrega que el llamado *fumus boni iuris* no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial⁷⁵

El *fumus bonis iure* – en opinión de Augusto Morello - se autoabastece de un remedo de prueba orgánicamente idóneo, pero menos pleno, impregnado, sin embargo, de fundamentales consecuencias toda vez que ese conocimiento no exhaustivo pero constitucionalmente suficiente, basta para motivar su procedencia. Esto a su vez pone en evidencia la existencia de diversos registros de profundidad en la situación subjetiva de la conciencia del juez que sólo algunas veces desemboca en la proximidad de la “verdad real”, extremo éste que no es siempre necesario ni determinante para el obrar justo del Juez.⁷⁶

El artículo 275º del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, uno de los cuerpos normativos tomado como referencia para la elaboración del Código Procesal Civil se refiere a la procedencia de las medidas cautelares y en particular al *fumus bonis iure* en los términos siguientes: “*Podrán adoptarse las medidas cautelares cuando el tribunal estime que son indispensables para la protección de un derecho y siempre que exista peligro de lesión o frustración del mismo por la demora del proceso. La existencia del derecho y el peligro de lesión o frustración deberán justificarse sumariamente.*”

Normativamente, este presupuesto conjuntamente con el peligro en la demora está contenido en el artículo 611 ° del CPC bajo el siguiente tenor:

“El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

⁷⁵ Rocco, Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil” T.V. Edit. DEPALMA, Bs. As. 1977, p.99.

⁷⁶ Morello, Augusto: La prueba, tendencias modernas. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 29.

1. La verosimilitud del derecho invocado.
(...)”

Finalmente es preciso destacar que tratándose de procesos de ejecución, las medidas cautelares que se dictan para asegurar la ejecución forzada, no requieren de la acreditación del *fumus boni iuris* porque los títulos ejecutivos y de ejecución están impregnados de *certeza* presuntiva.

2.2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

*“La necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón”*⁷⁷. Es deber de todo ordenamiento jurídico prevenir la amenaza o la perpetración de un daño con ocasión de la petición y el otorgamiento de tutela judicial efectiva. Ello nos induce, a partir de la doctrina, establecer algunas precisiones sobre el concepto de daño y la noción de peligro.

El concepto de *daño* como concepto jurídico y, antes de todo, como concepto económico -explica Ugo Rocco- es propio no sólo del derecho privado, civil y comercial, no sólo del derecho público interno (constitucional, administrativo, penal) o internacional, sino también del derecho procesal, puesto que representa un concepto jurídico fundamental. Precisa seguidamente que todo daño provoca, en general, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; el daño jurídico, en consecuencia, puede considerarse como la sustracción o disminución de un bien, pero al mismo tiempo puede concebirse como la supresión o afectación de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés.⁷⁸

⁷⁷ Reproducido por Eduardo García de Enterría en: La batalla por las medidas cautelares, p.120.

⁷⁸ Seguimos en este tópico a Ugo Rocco en: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. Parte especial. Proceso cautelar. Temis- Depalma, 1977, p,45.

Peligro es el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; en el derecho procesal no puede ser otra cosa que la potencia o la idoneidad de un hecho para ocasionar el fenómeno de la pérdida o disminución de un bien o el sacrificio, o la restricción de un interés sea este tutelado o la forma de un derecho subjetivo o en la de un interés jurídico.⁷⁹

En tal sentido, el peligro en la demora, base de las medidas cautelares, es específicamente el peligro del ulterior daño que deriva del retardo de la decisión definitiva, a causa de la lentitud del proceso cognitorio o de ejecución. La imposibilidad material de acelerar el pronunciamiento de la sentencia definitiva es el fundamento de la obtención de la medida cautelar cuyo propósito es tornar inofensivo el daño que la referida lentitud genera. El *periculum in mora*, por consiguiente, implica la necesidad de evitar los riesgos que la duración del proceso principal genera, configurándose de ese modo un peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria.

Piero Calamandrei acota que “no es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario.”⁸⁰

No existe medida cautelar alguna que no se dé para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación *prima facie*, sea que se presuma por las circunstancias del caso. En última instancia, la existencia efectiva de *periculum in mora* es la verdadera causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar⁸¹

La condición general para el dictado de una medida cautelar es, el temor de un daño jurídico, es decir, la inminencia de un posible daño a un derecho o a un

⁷⁹ Rocco, Ugo. Ob. Cit. p.48.

⁸⁰ Calamandrei, Piero: Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. ARA Editores, Lima 2005. p.42.

⁸¹ Fernández, Miguel Ángel: ob. Cit. p.409.

posible derecho. Si el daño es o no en realidad inminente y jurídico, se determinará en la sentencia final. Por la misma razón la decisión cautelar puede ser revocada, modificada o confirmada.

El juez al calificar la demanda cautelar, realiza una actividad cognitoria sumarásima respecto a la verosimilitud del derecho invocado y la posibilidad del daño; examina si las circunstancias de hecho, a partir de las pruebas aportadas, dan fundado motivo para temer el evento dañoso; si el caso es urgente y, por lo tanto, deviene en impostergable amparar la pretensión cautelar. Es decir, no basta que el interés para obrar nazca de un estado de peligro y que la medida cautelar solicitada tenga la finalidad de prevenir un daño temido, sino que además que a causa de todo ello, el dictado de la medida cautelar revista carácter de urgencia.

El mismo tratadista italiano perfilando con nitidez la naturaleza y connotación de este presupuesto, concluye: “El llamado *periculum in mora* no es más que una valoración subjetiva del juez, en gran parte discrecional de la existencia de un hecho natural o voluntario y de su idoneidad o potencia para atentar contra los intereses sustanciales o procesales, produciendo la supresión o la restricción de ellos (declaración de certeza de una situación peligrosa). Puesto que se trata de una valoración subjetiva de la posibilidad o probabilidad de un daño, implica una previsión (previsibilidad del daño).”⁸²

El *periculum in mora*, determina la existencia y vigencia de las medidas cautelares, precisamente en atención a su condición de presupuesto esencial de aquellas; por tal razón, tratándose de pretensiones dinerarias, la medida cautelar puede ser sustituida por la garantía que el afectado ofrezca, o por el depósito del monto fijado en la medida. El fundamento de esta sustitución radica en el hecho de haber desaparecido el presupuesto cautelar del *periculum in mora*: conjurado el peligro desaparece el sustento de la tutela cautelar.

El artículo 628º del CPC regula esta última situación jurídico procesal bajo la denominación de *sustitución de la medida* “Cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida,

⁸² Rocco. Ugo. Ob. cit. p.99.

con lo que el Juez de plano la sustituirá. La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el interés legal. Esta decisión es inimpugnable.

También procede la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez, quien resolverá previo traslado al peticionante por tres días.”

2.3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

El otorgamiento de una medida cautelar, inexorablemente, genera una restricción de uno o más derechos fundamentales relacionados por lo general con el derecho de propiedad, derecho a la inviolabilidad de domicilio, la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, a la libertad de contratación, a la libertad individual y seguridad personal, entre otros. Sin embargo esta restricción debe justificarse en la necesidad de salvaguardar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso: la protección de fines constitucionalmente relevantes justifica la intervención estatal jurisdiccional en el ámbito de derechos fundamentales. La decisión jurisdiccional cautelar por ello debe contener y ser la expresión de una correcta aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad.

El Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el expediente N° 2235-2004-AA/TC ha afirmado que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad. Acotando luego que por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción

de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional. Además ha precisado que el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los sub-criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.

Finalmente el principio de necesidad, junto al principio de proporcionalidad, obliga al juez a adoptar entre las diversas opciones cautelares, específicas o inespecíficas existentes, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Debe escogerse por el juez aquella medida cautelar que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

3. Características.

3.1. Instrumentalidad.

La instrumentalidad constituye el rasgo más importante del proceso en general porque su objeto es servir de medio para la actuación de la ley; no constituye un fin en sí mismo. Las medidas cautelares están siempre subordinadas al destino de la pretensión cautelada, supeditadas al fallo definitivo incluso cuando se trate de ejecuciones anticipadas de la pretensión principal.

Piero Calamandrei, autor de la sistematización pionera de las medidas cautelares, sostiene que “Las cautelas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen por así decirlo *al servicio de una providencia definitiva* con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito. Esta relación de instrumentalidad o como han dicho otros, de *subsidiariedad*, que liga

inevitablemente toda providencia cautelar a la providencia definitiva en previsión de la cual se dicta, es el carácter que más netamente distingue la providencia cautelar de la llamada declaración de certeza con predominante función ejecutiva: ésta nace, como se ha visto, con la esperanza de que una providencia posterior no sobrevenga y le impida convertirse en definitiva; aquélla nace en previsión, e incluso en espera, de una providencia definitiva posterior, en defecto de la cual no sólo no aspira a convertirse en definitiva sino que está absolutamente destinada a desaparecer por falta de objeto.”⁸³

Ugo Rocco, no comparte tal posición: no admite que se considere a la instrumentalidad como elemento peculiar y diferenciador de las medidas cautelares porque, como lo señala, no es verdad que estén infaliblemente preordenadas a una providencia posterior, no es exacto que no puedan ser fin en sí mismas y no siempre se dirigen a asegurar el resultado o la eficacia de una decisión posterior. Reconociendo que fue Piero Calamandrei quien inició la sistematización científica de las providencias cautelares, le critica sin embargo “el haber creído que la característica típica de tales providencias consistía en que estaban de antemano ordenadas *indefectiblemente* a una providencia posterior y que nunca son fin en sí mismas, sino que están dirigidas a asegurar el resultado o la eficacia de una providencia posterior.” Los fundamentos que esgrime son los siguientes:

1) “Que las providencias cautelares sean correlativas a situaciones de hecho y jurídicas, de derecho sustancial o procesal, y a los correspondientes intereses sustanciales o procesales que el derecho objetivo tutela en la forma de derechos subjetivos perfectos o de simples intereses jurídicos, no quiere decir en modo alguno que exista y deba existir tal carácter de instrumentalidad, es decir, un vínculo que ligue la providencia cautelar a la providencia definitiva, como medio y fin.”⁸⁴

⁸³ Calamandrei, Piero: pp.44-45.

⁸⁴ Rocco, Ugo: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. TEMIS-DEPALMA 1977. p.61

2) “Que la instrumentalidad constituye la nota común y general de todas las providencias jurisdiccionales emitidas en el curso de un proceso, y que, precisamente por ser común y general, no puede caracterizar su esencia y diferencia respecto de los demás actos jurisdiccionales (...) Todos los actos procesales de los órganos jurisdiccionales (providencias), sean éstos ordenanzas, decretos o sentencias no definitivas (llamadas parciales), consideradas en relación con el acto final al cual se dirige la actividad jurisdiccional (sentencia final de mérito), tienen siempre la función de medio en relación con el fin al cual están preordenados (sentencia final de mérito).”⁸⁵

3) “La misma actividad de declaración de certeza, unitariamente considerada, en relación con la actividad dirigida a la condena, es medio para conseguir ésta; la actividad dirigida a la condena es medio para obtener la realización coactiva. Pero sería un grave error pretender considerar cada uno de los actos procesales, de las partes o de los órganos jurisdiccionales, como medio en relación con los demás actos siguientes, a los cuales están vinculados o predispuestos en un orden temporal, asignándoles un carácter de instrumentalidad, o aun simplemente de instrumentalidad hipotética.”⁸⁶

Coincidimos con las importantes reflexiones del distinguido profesor de la Universidad de Nápoles, sin embargo aun no siendo atributo exclusivo de las medidas cautelares, la instrumentalidad genérica o común, sí es un atributo especial de aquellas la instrumentalidad calificada o doble, de ahí que las medidas cautelares sean consideradas *instrumento de instrumento*; por lo demás, la instrumentalidad como atributo de las medidas cautelares, en la actualidad ha alcanzado consolidación doctrinaria y normativa.

El artículo 608º Código Procesal Civil plasma el concepto de instrumentalidad al disponer que “Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.” De modo directo y específico el

⁸⁵ Rocco, Ugo: Ob. Cit. p.63.

⁸⁶ Rocco, Ugo: Ob. Cit. p.63.

artículo 612° considera a la instrumentalidad como una de las características de aquellas: “Toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.”

La cancelación de pleno derecho, de las medidas cautelares, si la sentencia de primera instancia desestima la demanda es otra de evidencia del carácter instrumental de aquellas (Art. 630° del CPC).

En conclusión, si el fallo definitivo es el medio por el cual se hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz.

3.2. Provisionalidad.

Según el Diccionario de la Lengua Española provisional es todo aquello *“que se hace, se halla o se tiene temporalmente”*. La provisionalidad es un atributo consustancial a las medidas cautelares porque subsisten mientras duran las circunstancias que las determinaron.

Lo provisorio es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en función del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio; provisorio por ello equivale a interino,⁸⁷ ambos términos indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado.

La cualidad de provisoria dada a las medidas cautelares significa en esencia que los efectos jurídicos de éstas no sólo tienen duración temporal sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que debe transcurrir entre el dictado de la medida cautelar y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. “La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia

⁸⁷ Calamandrei Piero: Ob. Cit., p.36.

antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.”⁸⁸

El carácter provisional de la medida y por ende del proceso cautelar se encuentra regulado en nuestro ordenamiento procesal civil mediante el precepto siguiente: *"Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial. La ejecución judicial se iniciará afectando el bien sobre el que recae la medida cautelar a su propósito."*(art.619° del CPC).

El carácter provisorio de una medida cautelar también se manifiesta en el hecho de que su rechazo no impide que pueda nuevamente ser solicitada en el mismo expediente cautelar o en el principal.

3.3. Variabilidad

Se encuentra regulada en el artículo 617° del Código Procesal Civil en los siguientes términos:

"A pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial.

La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte.

Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo."

También conocida como mutabilidad o flexibilidad se refiere al hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida o sustituidas a solicitud del afectado.

⁸⁸ Calamandrei Piero: Ob. Cit. p.27.

Las medidas cautelares pueden estar sujetas a modificaciones antes de que se dicte la resolución principal, debido a la variación de las circunstancias concretas acaecidas con posterioridad a su dictado, siempre que la medida cautelar inicialmente dictada no sea la adecuada a la nueva situación fáctico-jurídica.

Ninguna institución procesal requiere más flexibilidad que la medida cautelar, a fin de cumplir sus fines en forma satisfactoria, sin ocasionar molestias o perjuicios que puedan evitarse”⁸⁹.

Por ello, conforme a la dinámica del proceso, el desarrollo de las audiencias, si fuere el caso, la actuación de medios probatorios, entre otras circunstancias, determinan que la inicial apariencia del derecho invocado se intensifique o aminore, ello puede dar lugar a que se solicite la variación de la medida cautelar adecuándose así a la nueva situación del derecho controvertido. La expresión última de la medida cautelar, por esta razón, es independiente de la petición inicial.

Esta característica – explica Raúl Martínez Botos - conectada desde cierto punto de vista con la de provisionalidad, implica por una parte, que el órgano judicial está autorizado para establecer la clase de medida adecuada a las circunstancias del caso y, por la otra que demandante y demandado tienen la posibilidad de pedir, en cualquier momento, la modificación de la medida decretada⁹⁰.

La variabilidad de la medida cautelar puede ser parcial o total; por lo general está referida a los cambios que experimenta la medida cautelar por la nueva situación fáctico-jurídica debido a la dinámica misma del proceso. Es decir, la mutabilidad o variabilidad es, por regla, parcial, se expresa en el mayor o menor rigor de la medida. Sin embargo, la variabilidad extrema, negativa e integral de la medida cautelar, trae consigo su propia cancelación, conocida también como revocabilidad.

⁸⁹ Podetti Ramiro: “Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral, T.IV, Tratado de las Medidas Cautelares” Ediar S.A. Editores Bs.As. 1956, p.25.

⁹⁰ Martínez Botos, Raúl: “Medidas cautelares” Editorial Universidad, Buenos Aires 1994, p.82.

En términos prácticos, la variabilidad se manifiesta en las modificaciones que se producen en los componentes objetivos o subjetivos de la medida cautelar: en el primer caso el cambio puede estar referido a la contracautela (naturaleza, especie, monto, etc.) o a la medida cautelar misma (naturaleza, especie, número, monto, etc.); en el segundo, el cambio puede estar referido al órgano de auxilio judicial (sustitución, número de personas, naturaleza).

Sin embargo, luego de todo lo expuesto, es oportuno señalar que la potencial variabilidad y provisoriedad de las medidas cautelares no puede concebirse como ausencia de firmeza puesto que este atributo también puede atribuirse a las medidas cautelares, según el caso. La condición es que el trámite autónomo de éstas haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no sea posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal que logre revertir la situación denunciada⁹¹. La categoría de resolución firme, debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, puedan merecer control por parte del Juez Constitucional.

Las medidas cautelares siendo variables o mutables y provisorias adquieren la calidad de firmes con el agotamiento de los medios impugnatorios interpuestos contra aquellas o simplemente por haberlas consentido. La decisión cautelar en este supuesto es variable, provisorio y firme, mas ello no significa que tenga la calidad de cosa juzgada y no la tiene porque no resuelve el fondo de la pretensión principal; entonces siendo variable y provisorio puede ser firme y siendo firme, nunca es inmutable. Precisamente por existir la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser firmes, cabe su control constitucional a través del proceso de amparo, ya que conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que ello suceda debe tratarse de *resoluciones judiciales firmes*.

⁹¹ Fundamento 10 de la sentencia dictada en el expediente N° 1209-2006-PA/TC (caso guerra de las botellas)

3.4. Contingencia.

Según el diccionario de la lengua española *contingencia* significa 1. *Posibilidad de que algo suceda o no suceda.* 2. *Cosa que puede suceder o no suceder.* 3. *Riesgo.*

Las medidas cautelares por su finalidad y naturaleza no están impregnadas del atributo *permanencia*, ésta es siempre un albur. Son dictadas fundamentalmente sobre la base de un juicio de probabilidad mas no de certeza; son dictadas por la existencia de un peligro inherente a la duración misma de los procesos cognitorios e incluso de ejecución. Estos soportes existenciales de las medidas cautelares pueden desaparecer en cualquier momento ya sea porque el peligro es contrarrestado con determinado tipo de garantía o porque la verosimilitud aparente es desbaratada vía impugnación en segunda instancia.

Es posible que las medidas cautelares cumplan con creces su objetivo, circunstancia que se ve confirmada cuando se ampara la pretensión cautelada, tramitada en el proceso central. Pero, del mismo modo, es probable que la medida cautelar ordenada y ejecutada, finalmente, no cumpla su propósito al declararse infundada la demanda a la que formalmente aseguraba. *La medida cautelar puede o no cumplir su finalidad para la cual fue dictada, ello explica su carácter contingente.*

El artículo 611º del CPC expresa esta característica cuando dispone que el juez dictará medida cautelar siempre que *considere verosímil* el derecho invocado; y *verosímil* es aquello que tiene apariencia de verdadero, más no es verdadero por lo que la decisión nunca está revestida de certeza .

Piero Calamandrei, ya en 1935, en su obra *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares* introduce *pioneramente* la idea de contingencia como atributo de las medidas cautelares; dice el maestro que "Las providencias cautelares representan una conciliación entre las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia: la celeridad y la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares

tienden ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario. Permiten de este modo al proceso ordinario funcionar con calma, en cuanto aseguran preventivamente los medios idóneos para hacer que la providencia pueda tener, al ser dictada, la misma eficacia y el mismo rendimiento práctico que tendría si se hubiese dictado inmediatamente."⁹²

3.5. Funcionalidad

Está relacionada con la utilidad y comodidad de su empleo; por ello, *la naturaleza de la pretensión principal determina la naturaleza y alcances de la medida cautelar; contrario sensu*, la medida cautelar debe adecuarse a la naturaleza de la pretensión principal. *La funcionalidad de las medidas cautelares no es sino la proporcionalidad y adecuación de las mismas a los fines del proceso cautelado.*

Anota Javier Vecina Cifuentes, profesor titular de derecho procesal de la Universidad de Castilla- La Mancha, que la potestad cautelar tiende a la consecución de un fin de relevancia constitucional, y a tal objeto se desenvuelve en una serie de actos procesales coercitivos que llegan con relativa frecuencia a limitar incluso derechos constitucionales de quienes a ella se encuentran sometidos. Por esta razón su ejercicio se encuentra informado y limitado *necesariamente* por la vigencia del principio de proporcionalidad por lo que una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso. El principio de proporcionalidad exige, *lato sensu*, que la necesaria armonización entre los distintos derechos, valores y bienes constitucionales que entren en conflicto en un determinado supuesto se resuelva mediante una necesaria y casuística ponderación entre aquél a cuya preservación tienda la medida restrictiva, y aquel otro sacrificado con

⁹² 21. Calamandrei, Piero: "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares." 1935, pp.43,34.

la misma, a fin de decidir cuál de ellos resulta preponderante en el supuesto planteado y determinar si la medida adoptada, en consecuencia, resulta proporcionada o, por el contrario, desproporcionada, en el supuesto en cuestión.⁹³

El Tribunal Constitucional en la STC N.º 0050-2004-AI/TC destacó que “(...) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental” (Fund. Jur. N.º 109).

La funcionalidad de las medidas cautelares está relacionada precisamente con los principios de proporcionalidad y congruencia procesal. Así por ejemplo, no podría dictarse una medida de embargo si la pretensión principal está referida a la paralización y posterior demolición de una construcción, del mismo modo si la pretensión principal versa sobre nulidad de acto jurídico se atentaría contra el principio de congruencia y la funcionalidad de las medidas cautelares al disponerse un secuestro conservativo.

El artículo 611º del CPC se refiere a este atributo de las medidas cautelares al disponer que “*El Juez, (...) dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal*”. Con mayor precisión, el artículo 15º de la ley Nº 28237, Código Procesal Constitucional establece que para el dictado de medidas cautelares “*se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión.*”

Es el juez a quien corresponde apreciar la necesidad de la medida, dictar una distinta de la solicitada, establecer su alcance, duración, disponer de oficio o a pedido de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada, de acuerdo con la variación de las circunstancias que dieron lugar a su dictado.

⁹³ Vecina Cifuentes, Javier: Potestad cautelar, contenido y límites. Tomado de Internet (www.cej.justicia.es)

En suma, sobre el juez recae la responsabilidad de preservar los principios de proporcionalidad y congruencia, ello exige que la medida cautelar sea dictada dentro de los parámetros de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, de otro modo puede generarse dos consecuencias igualmente anómalas: que la sentencia resulte ineficaz e ilusoria por haberse dictado una medida cautelar insuficiente, o que en otro extremo, la medida cautelar ordenada sea excesiva, desproporcionada y abusiva. En este último supuesto el afectado estaría legitimado para interponer demanda de amparo por violación de su derecho fundamental al debido proceso.

3.6. Jurisdiccionalidad.

Por esta características debe asumirse que el dictado de medidas cautelares en un proceso está reservado con carácter exclusivo a los órganos jurisdiccionales y no a otros servidores del poder judicial, ni a terceros; es decir, sólo pueden ser dictadas por un juez competente.

Sin embargo, lo señalado actualmente nos parece obvio y hasta redundante porque, en efecto, la jurisdiccionalidad es una de las manifestaciones propias de la función jurisdiccional en general, luego no podría afirmarse que ésta es atributo de las medidas cautelares. Su fundamento, empero, radicaría en las seguridades y garantías que en sus orígenes debía darse a esta forma especial de tutela, para evitar que otros funcionarios de Estado o terceros, incurrieran en arbitrariedad.

El desarrollo de disciplinas como el derecho constitucional, el derecho administrativo, los procesos constitucionales y el procedimiento administrativo, han determinado que el otorgamiento de tutela cautela, en la actualidad, sea normado bajo una visión omnicomprensiva como potestad de estado y no limitarse únicamente a la función estatal jurisdiccional.

En la actualidad, esta potestad estatal, también puede ser ejercitada en el ámbito administrativo, a modo de ejemplo, presentamos los siguientes casos:

- El artículo 146 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General⁹⁴, regula la competencia de la autoridad administrativa para adoptar las medidas cautelares establecidas en la ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, siempre que la no adaptación de aquellas permita entrever que se pondría en riesgo la eficacia de la resolución a emitir.
- Asimismo el artículo 176° del Decreto Legislativo 822⁹⁵ o Ley de Derechos de Autor establece, en materia de medidas preventivas o cautelares, diversos criterios que la administración y, dentro de ella, los organismos reguladores como el INDECOPI, necesariamente deben tomar en cuenta.
- Del mismo modo, la Ley N° 26979, modificada por la Ley N° 28165, otorga la facultad de disponer medidas cautelares al ejecutor coactivo, según las previsiones contenidas en los artículos 13°, 17°, 32° y 33°

Entre las medidas cautelares que el ejecutor coactivo puede dictar figuran el embargo en forma de depósito, retención, inscripción, intervención (en recaudación, en información), el secuestro conservativo, así como medidas que tienen un inobjetable matiz innovativo o conservativo (no innovativo) relacionadas con paralizaciones de obra, demolición o reparaciones urgentes, suspensión de actividades, clausura de locales públicos, u otros actos de coerción o ejecución forzosa, vinculados al cumplimiento de

⁹⁴ Artículo 146.- Medidas cautelares

146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

146.2 Las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

146.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

146.4 No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.

⁹⁵ "Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo N.° 807 (que regula las facultades, normas y organización del INDECOPI), los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos por este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces.

obligaciones de hacer o de no hacer, y siempre que la fiscalización de tales actividades sea de competencia de la Entidad y se encuentre en peligro la salud, higiene o seguridad pública así como en los casos en los que se vulneren las normas sobre urbanismo y zonificación.(Artículo 13.7 de la ley).

Tal como el Tribunal Constitucional lo ha reiterado, la Administración Pública tiene capacidad para proteger directamente sus intereses, pudiendo incluso exigir por sí misma el cumplimiento de sus actos; sin embargo, esta facultad de autotutela de la Administración Pública de ejecutar sus propias resoluciones, sustentada en los principios de presunción de legitimidad y de ejecución de las decisiones administrativas, debe implicar la tutela de los derechos fundamentales de los administrados que pueden verse amenazados o vulnerados por la actividad de la Administración, como son los derechos al debido procedimiento y a la tutela judicial efectiva.⁹⁶

El mismo Tribunal ha señalado como precedente vinculante⁹⁷ que si bien la autoridad administrativa, tiene la plena facultad de poner en práctica medidas preventivas o cautelares a efectos de cumplir con su función de tutela o protección sobre los derechos correspondientes, no puede ejercer dicha responsabilidad de una manera absolutamente discrecional, sino sujeta a una serie de parámetros mínimos, que no por ello dejan de ser una exigencia y una garantía respecto de las personas o entidades a las que dichas medidas están destinadas.

4. Tramitación: ¿*inaudita altera pars*?

Con la promulgación de la ley 29384 vigente desde el 29 de junio de 2009 se ha introducido trascendentales cambios en la tramitación de las medidas cautelares, entre otros, cabe destacar, la eliminación práctica del procedimiento *inaudita altera pars*, así como la introducción de la oposición a la medida cautelar.

⁹⁶ Fundamento 46 de la Sentencia pronunciada en el Expediente N° 0015-2005-PI.TC sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Metropolitana de Lima, contra el artículo 1 de la ley N° 28165 que modifica la ley N° 26979, ley de procedimiento de ejecución coactiva.

⁹⁷ Exp. N.º 3075-2006-PA/TC Lima, caso Escuela Internacional de Gerencia High School of Management-EIGER

Veamos:

El texto que motiva nuestro comentario es el siguiente:

“La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.” (Artículo 637° del CPC).

Analicemos esta norma:

- a) Si *“la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud”* puede inferirse que se mantiene la tramitación inaudita altera pars; sin embargo, si en el siguiente párrafo se dispone que *“Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar”* resulta coherente concluir que el afectado tuvo conocimiento de la existencia de la resolución cautelar, ¿cómo? ¿en qué momento?
- b) El texto anterior, vigente hasta el 28 de junio de 2009, mantenía la tramitación *inaudita altera pars* expresamente hasta el término de la ejecución o acto inmediatamente posterior, momento en el cual se notificaba al afectado, quien recién podía apersonarse al proceso e interponer apelación, que era concedida

sin efecto suspensivo. La medida cautelar se admitía y ejecutaba sin audiencia previa del afectado.

- c) Con la modificación introducida, la precisión sobre el momento de notificación del auto cautelar se ha desvanecido; si la norma señala que una vez dictada la medida el afectado puede formular oposición, cabe preguntarse: ¿cómo toma conocimiento de la existencia de la medida cautelar? ¿se le debe notificar el auto cautelar? ¿toma conocimiento al ejecutarse la medida cautelar o al intentarse su ejecución? estas preguntas no tienen respuesta en la ley.
- d) Además, la norma dice que el afectado puede formular oposición dentro de un plazo de cinco días desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, pero...¿ cuál es el hecho o acto a partir del cual se computa el plazo de cinco días para formular oposición? ¿cómo acreditarlo con certeza? ¿Qué parámetros consideraría el juez para desestimar la oposición por extemporánea?
- e) La eliminación del momento a partir del cual se notificaba la resolución cautelar obedecería a la necesidad de posibilitar su cuestionamiento desde momentos anteriores a su cumplimiento o ejecución para evitar así la perpetración de medidas cautelares maliciosas y arbitrarias. Empero, si esta fuera la motivación, habría sido preferible regular expresamente que las medidas cautelares se notificarán al afectado sin perturbar su ejecución o cumplimiento; estableciendo así como regla la audiencia del afectado y como excepción la tramitación *inaudita altera pars*, tal como lo hacen el código de procedimiento civil de Brasil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España. En este contexto de evidente vaguedad normativa, resulta positivo el hecho de haberse precisado que la oposición no suspende la ejecución de la medida.

4.1. Tramitación en la legislación extranjera.

En Argentina, **el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación** del 7 de noviembre de 1967, regula el trámite *inaudita altera pars* como regla que no admite excepción alguna.

“Art. 198. - Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte. Ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas con motivo de su ejecución, se le notificarán personalmente o por cédula dentro de los TRES (3) días. Quien hubiese obtenido la medida será responsable de los perjuicios que irrogare la demora.

La providencia que admitiere o denegare una medida cautelar será recurrible por vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa.

El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concederá en efecto devolutivo.”

El Código de Procedimiento Civil colombiano, vigente desde el 1 de julio de 1971, regula este procedimiento cautelar, en el artículo 326º siguiendo la orientación del código argentino:

“Artículo 326º.- Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso, se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquél o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia. Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada cuando se le haya notificado el auto que admitió la demanda o libro mandamiento ejecutivo.”

El Código de Processo Civil de Brasil, vigente a partir del 1 de enero de 1974, establece como regla el dictado de medidas cautelares con la audiencia de las partes. El trámite *inaudita altera pars* sólo se aplica en casos excepcionales expresamente autorizados por ley, así lo señala de modo textual el artículo 797:

“Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por ley, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiencia das partes.”

Código Procesal Modelo para Iberoamérica aprobado en Río de Janeiro en 1988, presenta el siguiente tratamiento:

“Art. 278.- La medida se decretará sin conocimiento o intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteada por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.

Si el afectado no hubiere tomado conocimiento de las medidas en forma concreta y completa con motivo de su ejecución, se le notificará dentro del tercer día de cumplida.

La providencia que admite o deniega la medida cautelar será recurrible mediante reposición y apelación subsidiaria. También lo será toda otra providencia modificativa de la medida.

La apelación contra la resolución que decreta una medida o dispone una sustitución por otra, será apelable al solo efecto devolutivo.”

El Código General del Proceso uruguayo, vigente desde 1989, sigue la misma orientación de los códigos: procesal civil y comercial de la nación argentina, procesal civil colombiano, y el código procesal civil modelo para Iberoamérica.

“Artículo 315.1 La medida se decretará sin conocimiento ni intervención de la contraparte. Ningún incidente o petición planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.”

“Artículo 315.2 Si el afectado no hubiese tomado conocimiento de las medidas en forma completa y concreta con motivo de su ejecución, se le notificará dentro del tercer día de cumplidas. En todos los caso, podrán ofrecerse garantías sustitutivas, sin que el trámite de esa petición obste al cumplimiento de la medida dispuesta; pero cumplida, si el tribunal estimare suficiente la garantía sustitutiva, ordenará el cese de la dispuesta.”

La Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, adopta un criterio análogo al código brasileiro. Establece expresamente como regla general que la admisión de medidas cautelares se dictan previa audiencia del demandado, el

procedimiento *inaudita altera pars* es la excepción y queda librada a la decisión judicial.

“Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones.

1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, razonando por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título.”

Como puede apreciarse en ambos códigos la regla es la audiencia previa del demandado: el brasileiro lo señala de modo tácito; la LEC lo hace expresamente. La diferencia entre ambos está en la excepcionalidad del trámite *inaudita altera pars*: en que el brasileiro viene autorizado por ley; en la LEC queda con librado al criterio y decisión judicial.

Para dar eficacia a la decisión cautelar, el juez debe fundar su decisión en los hechos que el demandante afirma y en el caudal probatorio aportado al proceso, sin conocimiento de la parte afectada; por ello y para preservar la igualdad entre las partes, se exige que el titular de la medida ofrezca una contracautela para garantizar el resarcimiento por los daños y perjuicios que pudiese causar al ejecutado.

Es frecuente en el Derecho Comparado plantear la disyuntiva respecto al carácter unilateral o contradictorio de la medida cautelar. Se justifica e impone el

proceso seguido sin audiencia de la otra parte como medida de precaución frente al riesgo de frustración de la pretensión provocado por el tiempo del proceso. Nuestros ordenamientos se han inclinado a admitir el carácter unilateral inicial de la medida que luego se vuelve contradictoria por la interposición del recurso de apelación luego de ser ejecutada la medida.

5. Caducidad

Art. 636 CPC: medida cautelar fuera de proceso⁹⁸.

"Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida.

Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación."

La caducidad genera la pérdida de eficacia de un derecho; puede también afirmarse que es una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. Si la medida cautelar fue ejecutada, pierde eficacia como sanción, en los casos siguientes:

⁹⁸ Es necesario advertir que la sumilla del artículo que comentamos es equívoca y distorsionante porque no corresponde ni a la naturaleza ni a la dinámica de las medidas cautelares. En efecto, dicha sumilla induce a concluir que se puede dictar medidas cautelares fuera de un proceso cuando a lo que se refiere la norma es al dictado de la medida e inicio del proceso cautelar antes de la existencia del proceso cautelado o principal. Entonces, existen ni pueden existir medidas cautelares fuera de proceso, siempre existen dentro del un proceso: el proceso cautelar.

Primer caso: caduca la medida cautelar si no es interpuesta la demanda principal dentro del plazo de los diez días posteriores a la ejecución de la medida cautelar. En este caso la interposición de la demanda principal no está supeditada al requisito de la conciliación previa.

Segundo caso: la interposición de la demanda principal exige el trámite de la conciliación previa por consiguiente el plazo de los diez días se computa a partir de la culminación del procedimiento conciliatorio y no de la ejecución de la medida cautelar. Caduca la medida cautelar si la demanda principal no es interpuesta dentro de los diez días de la culminación del procedimiento conciliatorio.

Tercer caso: Caduca la medida cautelar si la demanda principal es rechazada liminarmente. No existe la posibilidad de subsanación de nada, sólo cabe la apelación del auto de improcedencia. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.

El rechazo liminar de la demanda es la declaración judicial de improcedencia por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales, advertida en el umbral del proceso⁹⁹.

Cuarto caso: Caducidad por rechazo de la demanda y archivo del expediente. La inadmisibilidad inicial y transitoria de la demanda puede ser superada con la subsanación de las omisiones o defectos advertidos por el Juez; por tanto esta inadmisibilidad no provoca la caducidad de la medida cautelar. Sólo

⁹⁹ Artículo 427.- Improcedencia de la demanda.-

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”

"si el demandante no cumple con lo ordenado, el Juez rechaza la demanda y ordena el archivo del expediente"(art.427° cpc) generando por consiguiente la caducidad de la medida cautelar.

Quinto caso: La falta de conclusión del proceso principal luego de haber transcurrido cinco años de ejecución de la medida¹⁰⁰

Art. 625° CPC: *"En los procesos iniciados con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, la medida cautelar se extingue de pleno derecho a los cinco años contados desde su ejecución. Si el proceso principal no hubiera concluido, podrá el juez, a pedido de parte, disponer la reactualización de la medida. Esta decisión requiere de nueva ejecución cuando implica una inscripción registral."*

Con excepción de los dos casos anteriores, las medidas cautelares ejecutadas conforme al código procesal civil vigente no se extinguen por el transcurso del tiempo, salvo su cancelación dispuesta por el órgano jurisdiccional.

6. Cancelación

"Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria." (Artículo 630° del CPC)

La cancelación de la medida cautelar, a diferencia de la caducidad, es la consecuencia jurídico-procesal del pronunciamiento desestimatorio del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión principal.

Pese a que la norma dispone que la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, en la realidad la cancelación no opera automáticamente: el juez al expedir sentencia que declara infundada la demanda no dispone de oficio la

¹⁰⁰ Este caso es aplicable sólo para las medidas cautelares tramitadas conforme al código de procedimientos civiles, aún vigente ultractivamente.

cancelación de la medida cautelar, luego la práctica dice que tal cancelación debe ser solicitada por el afectado y el juez la debe declarar sin previa citación de la parte contraria.

Colocándonos en otro supuesto, tenemos el caso relacionado con la apelación del auto cautelar y el amparo de la pretensión impugnatoria por el superior. Pues bien, la revocatoria del auto cautelar por el superior, en este caso no constituye cancelación de medida cautelar, sino de una *extinción* porque el pronunciamiento del superior no sería consecuencia de la desestimación de la demanda vía revocación de la sentencia de mérito, sino un pronunciamiento expreso sobre la decisión cautelar en sí misma.

¿Qué sucede si el juez declara, excepcionalmente, improcedente la demanda?

La consecuencia es la misma, la medida cautelar debe ser cancelada puesto que si no es posible emitir una sentencia de fondo por la ausencia de algún presupuesto procesal que no permite validar la relación procesal, entonces, resulta absolutamente lógico que no pueda mantenerse la medida cautelar. Un razonamiento más simple es el siguiente: si la medida cautelar queda cancelada por una sentencia desestimatoria con mayor razón tendría que caer por una de improcedencia.

Sin embargo, hay quienes a partir de un razonamiento aparentemente lógico y formal sostienen que *la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada solo si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda*, entonces, luego, ante una sentencia que declara improcedente la demanda *concluyen* que no puede cancelarse la medida cautelar. Este razonamiento parte de una aparente consistencia formal normativa o fáctica, siendo que en esencia contiene una hipótesis falsa por lo que la conclusión solo puede ser falsa. Mediante la técnica argumentativa por reducción al absurdo tal razonamiento es refutado categóricamente para ello tiene que considerarse la finalidad de las medidas cautelares, los presupuestos para su otorgamiento y la naturaleza de una sentencia inhibitoria.

Sentencia desestimatoria y vigencia de medida

Hasta antes de las modificaciones introducidas mediante el Decreto Legislativo 1069, si la sentencia de primera instancia declaraba infundada la demanda, la medida cautelar quedaba cancelada inexorablemente aunque aquella hubiese sido apelada. A partir de junio del 2008 en que se producen las modificaciones, a pedido del solicitante, el Juez puede mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

Esta modificación obedece al clamor persistente de los justiciables reclamantes de tutela cautelar quienes no obstante impugnar la sentencia desestimatoria de la demanda tenían que resignarse a admitir la cancelación de la medida cautelar aunque posteriormente el juez superior revocase la sentencia apelada. Si la apelación concedida generaba como consecuencia la suspensión de los efectos de la sentencia interpuesta porque tenía que surtir efecto sobre la medida cautelar disponiéndose su cancelación¹⁰¹. Dicha regulación vulneraba principios esenciales de la teoría de la impugnación y generaba un estado de inseguridad y desprotección con grave afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con la modificación introducida se ha subsanado esta incongruencia permitiendo al titular de la medida mantenerla vigente previo ofrecimiento de contracautela.

7. Clasificación

La clasificación de las medidas cautelares es una tarea complicada y difícil por motivos diversos como por ejemplo la falta de uniformidad en la doctrina que las clasifica y aun en su concepción; la dispersión y omisión de muchas de ellas en leyes vigentes y la diversidad de medidas cautelares.

Son muchas las variables que pueden ser tomadas en cuenta a efectos de clasificar a las medidas cautelares, entre estas cabe mencionarse a las siguientes:

¹⁰¹ Se aducía como fundamento de dicha regulación que al declararse infundada la demanda caía la verosimilitud del derecho invocado y con ello procedente la cancelación de la medida.

La oportunidad en que son dictadas, la iniciativa para su dictado, la finalidad perseguida, y la regulación normativa.

7.1. Según la oportunidad.

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas y dictadas antes de iniciarse el proceso principal o cautelado, por lo que puede afirmarse válidamente que están dotadas de autonomía procedimental. Nuestro Código Procesal Civil (art. 635º) erróneamente las denomina “medidas fuera de proceso”¹⁰². De otro lado, tenemos a las medidas cautelares solicitadas conjuntamente con la demanda o con posterioridad.

7.2. Según la iniciativa para su dictado.

Las medidas cautelares, en aplicación del principio dispositivo (*nemo iudex sine actore*), son dictadas a iniciativa de parte, esta es la regla. Sin embargo, en determinadas situaciones, excepcionalmente, son dictadas por iniciativa del propio Órgano Jurisdiccional o del Ministerio Público como sucede en los casos sobre violencia familiar (ley 26269, artículo 7º) o en el de interdicción (artículo 683º del CPC).

7.3. Según su finalidad o efectos jurídicos.

Las medidas cautelares están condicionadas por el tipo de pretensión que cautelan. De acuerdo con esta variable las medidas pueden ser:

- *Asegurativas* cuando están destinadas a garantizar la ejecución de sentencias condenatorias; en nuestra legislación se denominan medidas para futura ejecución forzada: el embargo y el secuestro, la anotación de demanda puede incluirse en este grupo, no con mucha propiedad.
- *Conservativas* cuando tienden a evitar que el demandado, durante el desarrollo del proceso, modifique la situación de hecho o de derecho,

¹⁰² Artículo 636.- Medida fuera de proceso.- Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, la medida caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación.”

precisamente, relacionada con la cuestión controvertida; en este grupo podemos mencionar a la medida no innovativa.

- *Anticipatorias* o de *ejecución provisoria* cuya finalidad es adelantar el resultado de la estimación de la pretensión, tratadas en nuestra legislación procesal civil como medidas temporales sobre el fondo.
- *Transformativas*, son aquellas medidas que se plasman en la modificación de la situación de hecho o de derecho existente al momento de postular la pretensión cautelada; estas medidas también son conocidas como innovativas.

7.4. Clasificación normativa según el Código Procesal Civil.

7.4.1. Medida cautelar genérica.

Se trata de medidas cautelares atípicas puesto carecen de regulación normativa propia y por consiguiente no se encuentran previstas, específicamente, en nuestro ordenamiento procesal civil, sin embargo son medidas que se puede solicitar y conceder teniendo como única condición que aseguren del modo más adecuado el cumplimiento de la decisión definitiva.

El legislador nacional, siguiendo los modelos procesales de países vinculados a nuestro sistema procesal ha regulado un poder cautelar general tanto para el solicitante como para el juez en virtud del cual el actor puede solicitar medidas cautelares no comprendidas entre las formas específicas. En efecto, el juez está dotado de la facultad para amparar la medida atípica solicitada o dictar otra de igual naturaleza, esta facultad jurisdiccional está contenida en el artículo 629 del CPC: “*Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.*”

Respecto de estas medidas, Ugo Rocco explica lo siguiente: "Frente a la efectiva o presunta necesidad de proveer o suministrarle al juez un poder cautelar general que pueda ponerlo en condiciones de adoptar providencias, frente a la

necesidad cautelar general, idóneas para evitar el peligro de que por posibles o probables eventos no configurados particularmente por normas específicas, pudiese de cualquier modo amenazar los intereses sustanciales que estén amparados en abstracto por el derecho objetivo, el nuevo ordenamiento procesal ha predispuesto y sancionado una potestad cautelar general, reconocida a los órganos jurisdiccionales como una manifestación general, aunque específica, del derecho todavía más general de jurisdicción y como una forma autónoma de aplicación del derecho.”

De modo muy puntual, Podetti explica que “La medida cautelar genérica o innominada es la que puede dictar el juez, atendiendo a las necesidades del caso, si no existiese en la ley una específica que satisfaga la necesidad de aseguramiento (...) cumple la natural apetencia de seguridad de todo derecho en peligro de insatisfacción, se ajusta al principio de flexibilidad y cabe entre las facultades judiciales.”¹⁰³

Estas medidas cautelares, en suma, más que genéricas son inespecíficas, puesto que no representan al género sino a la ausencia de denominación y regulación normativa específica. Empero, desde el momento en que son postuladas y amparadas, se convierten en específicas y nominadas, manteniendo, es verdad, su carácter atípico, pero que por analogía muy bien podrían ser ubicadas o adscritas a determinadas medidas específicas. Decimos que se convierten en específicas porque no pueden ser postuladas de modo genérico, su postulación implica la adopción de alguna manifestación concreta coincidente o distinta de las medidas reguladas normativamente como específicas.

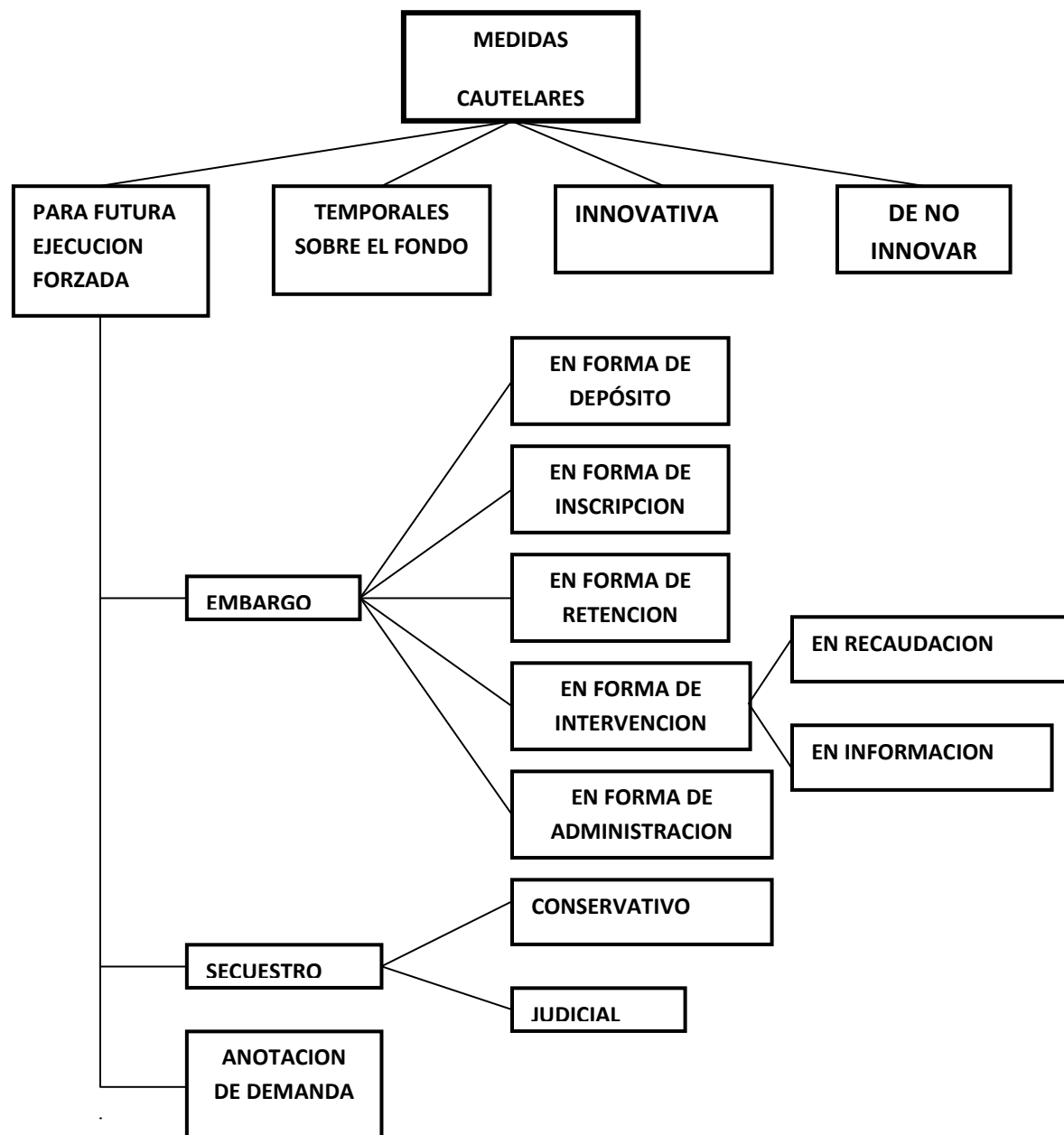
7.4.2. Medidas cautelares específicas.

Más que específicas son medidas cautelares nominadas y típicas: poseen una denominación asignada por el legislador y tienen regulación normativa propia. Estas son las medidas que tienen mayor uso y justificación social de allí que hayan sido reguladas de modo especial y presenten subgrupos de acuerdo a determinadas variables.

¹⁰³ Podetti, Ramiro: Tratado de las medidas Cautelares. P. 47

Las medidas cautelares específicas normadas en nuestro ordenamiento procesal civil son las siguientes:

1. Medidas para futura ejecución forzada:
 - 1.1. Embargo: (en forma de depósito, retención, inscripción, intervención *en información y en recaudación* y administración).
 - 1.2. Secuestro: judicial y conservativo.
 - 1.3. Anotación de demanda.
2. Medidas temporales sobre el fondo.
3. Medidas innovativas.
4. Medida de no innovar.



A continuación presentamos algunas clasificaciones propuestas por connotados procesalistas:

- **Clasificación propuesta por Piero Calamandrei:**

Dice este autor que la relación de instrumentalidad que liga la providencia cautelar a la providencia principal puede asumir diversas formas, cabe reducir a

cuatro tipos cuya esquemática reseña puede contribuir a facilitarnos un criterio para la clasificación sistemática de estas providencias."¹⁰⁴

a.1) Providencias instructorias anticipadas.

“Con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero cuando, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de provenir el *periculum in mora* inherente al procedimiento ordinario eventual.”¹⁰⁵

En nuestra legislación vigente no están consideradas como medidas cautelares, sino reguladas como prueba anticipada que, sin embargo, no dejan de tener un propósito cautelar genérico: prevenir un eventual daño probatorio.

a.2) Providencias para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada.

Estas medidas impiden la dispersión de los bienes que pueda ser objeto de la ejecución forzada. Son medidas de aseguramiento de la futura ejecución forzada. “El carácter instrumental de estas providencias expresamente puesto de relieve por otras legislaciones en la que se habla en cuanto a ellas de aseguramiento de la futura ejecución forzada, aparece también en nuestro derecho en forma tanto más evidente en cuanto los varios tipos de medidas cautelares comprendidas en este grupo corresponden con preciso paralelismo a otros tantos tipos de procedimiento ejecutivo, de los que la providencia cautelar constituye, por así decir, el anuncio y la vanguardia.”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Calamandrei, Piero: Ob. cit. p. 53.

¹⁰⁵ Calamandrei, Piero: Ob. cit. p. 54.

¹⁰⁶ Calamandrei, Piero. Ob. cit. P. 56.

Son las típicas medidas cautelares para futura ejecución forzada que en nuestra legislación son el embargo, el secuestro y la anotación de demanda.

a.3) Providencias mediante las cuales se decide interinamente:

Son providencias cautelares por las cuales se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva.¹⁰⁷ Señala como casos típicos de estas medidas las denuncias de obra nueva y de daño temido.

En nuestra legislación, bajo este rubro de providencias cautelares pueden ser incluidas las medidas temporales sobre el fondo e incluso las innovativas.

a.4) Providencias cuya finalidad cautelar consiste en la imposición de una caución.

Son aquellas providencias que se materializan en la prestación de una caución por el interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Es la condición impuesta por el Juez para la ejecución de la providencia cautelar solicitada, funcionan como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños que podrá surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada¹⁰⁸.

Estas providencias cautelares están reguladas en nuestra legislación como contracautela y en otras legislaciones se mantienen como caución, fianza o garantía.

b) Clasificación propuesta por Zanzuchi.

b.1) Medidas destinadas a asegurar un estado de hecho, con miras a la futura cognición o ejecución.

b.2) Medidas que tienden a dar satisfacción anticipada al derecho controvertido, actuados después carecerían de oportunidad.

¹⁰⁷ Calamandrei, Piero: Ob. cit. p. 58.

¹⁰⁸ Calamandrei Piero: Ob. Cit. Pp. 63-64.

b.3) Medidas destinadas a asegurar, preventivamente la igualdad en que las partes deben estar colocadas en el proceso o a mantener la situación que deben gozar por el hecho de estar en posesión de la cosa que ha de discutirse, o a rectificar, por razones de interés social, aquella que, en último término, podría redundar en perjuicio de una de las partes.

c) Clasificación propuesta por Ramiro Podetti:

- c.1)** Medidas para asegurar la ejecución.
- c.2)** Medidas conservativas o asegurativas genéricas.
- c.3)** Medidas cautelares sobre pruebas.
- c.4)** Medidas cautelares sobre las personas.
- c.5)** Medidas cautelares para satisfacer necesidades urgentes.

CAPÍTULO SEXTO

LA CONTRACAUTELA

Sumario: 1) Concepto. 2) Finalidad. 3) Naturaleza. 4) legislación extranjera. 5) Potestad jurisdiccional. 6) Excepciones. 7) Clases.

1. Concepto.

La contracautela es una garantía procesal destinada a asegurar el resarcimiento de los eventuales daños derivados de la ejecución de una medida cautelar, ante la posibilidad de que la pretensión principal sea declarada infundada. La contracautela, sustentada en el principio de igualdad, se constituye en el contrapeso de la expedición de la medida cautelar sin audiencia de la parte afectada, sin contradicción inicial.

Así como el peligro en la demora del proceso principal autoriza el dictado de la medida cautelar, de la misma manera el peligro emergente del eventual desamparo de la demanda y con ello la cancelación de la medida cautelar son las razones que autorizan el dictado de la contracautela. La mora procesal no solo es generadora de riesgo para el demandante, también lo es para el demandado afectado con la medida.

La verosimilitud del derecho invocado es sólo probabilidad y no certeza. La verosimilitud del derecho invocado por consiguiente no sólo implica posibilidad de amparo de la pretensión principal sino también posibilidad de su desamparo.

Citamos a continuación a algunos autores cuyas formulaciones conceptuales sobre la contracautela son coincidentes con algunos matices diferenciadores.

Giuseppe Chiovenda desarrolla la noción de contracautela a partir de su objeto o finalidad, en tal sentido sostiene que aquélla se instituye para garantizar el resarcimiento de daños a quien se hubiera desprovisto o disminuido del goce de un bien en virtud de una medida preventiva, y que por tal razón ésta puede ir

acompañada de una medida de contracautela, es decir, el mandato al actor de prestar fianza.¹⁰⁹

Piero Calamandrei, considera que “la contracautela es una providencia cautelar cuya finalidad consiste en la imposición de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial. Funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podría surgir si en el juicio definitivo la medida provisoria es revocada, a favor de aquél contra quien ha sido ejecutada¹¹⁰.”

A su turno, el procesalista argentino *Ramiro Podetti*, a partir de los estudios pioneros de la escuela italiana, explica que la contracautela se funda en el principio de igualdad, reemplaza en cierta medida a la bilateralidad o controversia, pues implica que la medida cautelar debe ser doble, asegurando al actor un derecho aún no actual, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños si aquel derecho no existiera o no llegara a actualizarse, tal es la opinión de Ramiro Podetti¹¹¹.

La contracautela Raúl Martínez Botos, siguiendo a Podetti dice que la contracautela es *"una caución a la que la mayoría de los ordenamientos adjetivos vigentes denomina contracautela y que concreta el principio de igualdad, ya que viene a contrarrestar la falta de contradicción inicial que caracteriza, en general, al proceso cautelar"*¹¹².

En otras legislaciones la contracautela es conocida como caución, vg. España. En la doctrina aún hay quienes discuten si la contracautela es un presupuesto constitutivo o un requisito de admisibilidad y ejecución de toda medida cautelar o una medida cautelar. Para nosotros es una garantía procesal y en modo alguno un presupuesto constitutivo;

¹⁰⁹ Chiovenda Giuseppe: Ob. cit. p.282.

¹¹⁰ Calamandrei. Piero: "introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares" Argentina 1945, pp.63, 64.

¹¹¹ Podetti, Ramiro: "Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral. Tratado de las Medidas Cautelares" EDIAR SA EDITORES, Bs. As. 1956, p.61

¹¹² Martínez Botos, Raúl: "Medidas Cautelares" Edit. La Universidad, Ss. As. 1994, p.56.

2. Finalidad

La contracautela tiene finalidad indemnizatoria: su propósito exclusivo es garantizar el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar al afectado la ejecución de la medida cautelar que posteriormente es cancelada por desestimación de la demanda.

El artículo 613º del CPC precisa que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

3. Naturaleza

La contracautela es una garantía procesal por tener finalidad resarcitoria suspensiva mas no un presupuesto para el otorgamiento de la medida cautelar. Es *resarcitoria* porque está destinada a garantizar la eficacia una pretensión indemnizatoria eventual cuyo monto oportunamente tendría que ser determinado y fijado previo traslado a la otra parte. Es *suspensiva* porque su vigencia está condicionada a la verificación de una condición que no es otra que la cancelación de la medida cautelar a causa de la desestimación de la pretensión principal.

El auto cautelar en el que se fija la contracautela no tiene naturaleza ejecutiva, su naturaleza es constitutiva mero declarativa y su finalidad es resarcitoria. Tiene naturaleza ejecutiva el auto en el que, finalmente, se fija el monto a pagar por concepto indemnizatorio, monto que no siempre coincide con la suma ofrecida y fijada genéricamente por el auto cautelar.

La frase “En caso de ejecución de la contracautela...” contenida en el penúltimo párrafo del artículo 613º del CPC contiene un inaceptable error que colisiona con la finalidad asignada a la contracautela. Es error porque no puede ejecutarse lo que no constituye aún una obligación ejecutiva ni el documento que la contiene tiene la calidad de título ejecutivo. No debemos olvidar que lo fijado como contracautela sólo es el límite máximo para la finalidad resarcitoria mas no es aún un monto determinado, líquido, ni cierto como monto indemnizatorio; esta cantidad tiene que ser fijada previo traslado a la otra parte.

¿En qué momento lo fijado como contracautela se convierte en obligación ejecutiva y cuál es la resolución que adquiere la calidad de título ejecutivo?

La desestimación de la demanda y con ello la cancelación de la medida cautelar es la condición suspensiva para la vigencia efectiva de la contracautela. En consecuencia, producida la condición se produce un viraje completo en el curso del proceso. El antes afectado con la medida cautelar ahora pasa a la ofensiva: postula su pretensión resarcitoria, en el mismo cuaderno cautelar y ante el mismo juez que dispuso la medida quien en salvaguarda del debido proceso corre traslado a la otra parte (antes titular de la medida) luego de absuelto este trámite o en rebeldía, el Juez resuelve lo conveniente, fijando el monto a pagar como indemnización por el daño causado; esta resolución al adquirir la calidad de firme se convierte en título ejecutivo por contener, esta vez sí, una obligación cierta, expresa, exigible y líquida. Véase que no es el auto cautelar el que finalmente asume la calidad de título ejecutivo sino un auto distinto en el que se fija el monto definitivo de la indemnización.

4. Legislación extranjera.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires

“Art. 199º.- Contracautela. La medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare quien deberá dar caución por todas las costas y daños y perjuicios que pudiere ocasionar en caso de haberla pedido sin derecho.

El juez graduará la calidad y monto de la caución de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso.

Podrá ofrecerse la garantía de instituciones bancarias o de personas de acreditada responsabilidad económica.”

Código General del Proceso, Uruguay

Artículo 314. Requisitos de la petición

(...)

314.2 La petición deberá contener:

1) La precisa determinación de la medida y de su alcance;

2) El fundamento de hecho de la medida, el que resultará de la información sumaria que se ofrezca o de los elementos existentes en el proceso o de los que se acompañen o de la notoriedad del hecho o de la naturaleza de los mismos;

3) La contracautela que se ofrece.

(...)

Código de Procedimiento Civil de Venezuela:

Regula a las medidas cautelares como medidas preventivas y a la contracautela como caución.

Artículo 590 Podrá también el Juez decretar el embargo de bienes muebles o la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, sin estar llenos los extremos de ley, cuando se ofrezca y constituya caución o garantías suficientes para responder a la parte contra quien se dirija la medida, de los daños y perjuicios que ésta pudiera ocasionarle.

Para los fines de esta disposición sólo se admitirán:
1° Fianza principal y solidaria de empresas de seguro, instituciones bancarias o establecimientos mercantiles de reconocida solvencia.

2° Hipoteca de primer grado sobre bienes cuyo justiprecio conste en los autos.

3° Prenda sobre bienes o valores.

4° La consignación de una suma de dinero hasta por la cantidad que señale el Juez.

En el primer caso de este artículo, cuando se trate de establecimientos mercantiles, el Juez requerirá la consignación en autos del último balance certificado por contador público, de la última declaración presentada al Impuesto sobre la Renta, y del correspondiente Certificado de Solvencia.”

Ley de Enjuiciamiento Civil de España

Artículo 728º.- Peligro por la mora procesal. Apariencia de buen derecho. Caución.

(...)

3. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

El Tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.”

5. Potestad jurisdiccional

Quien ofrece la contracautela debe señalar la forma, naturaleza, alcances y monto de la misma; la decisión final, la última palabra sobre estos aspectos la tiene el juez; dice la norma *“la admisión de la contracautela en cuanto a naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, inclusive cambiarla por la que considere pertinente.”*

Corresponde a los órganos jurisdiccionales apreciar prudentemente la naturaleza de la contracautela; deben tener presente que se trata de evitar el otorgamiento de medidas cautelares que puedan ocasionar daños sin la suficiente garantía de resarcimiento. El grado de verosimilitud determinará el tipo y magnitud de la contracautela. Es en esta circunstancia cuando se pone a prueba la previsión, prudencia, sapiencia y calidad del juez.

6. Excepciones

“Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades están exceptuados de prestar contracautela. También lo está la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial”. (art. 614º CPC)

La regla y condición para la admisibilidad amparo y ejecutoriedad de la medida cautelar es que ésta se encuentre suficiente y adecuadamente garantizada por una contracautela; sin embargo, existen situaciones colocadas fuera de esta exigencia. Los fundamentos de estas excepciones son los siguientes:

6.1. Presunción de solvencia económica.

Los Poderes: Legislativo, Ejecutivo, judicial, los Órganos Constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades están exceptuados de ofrecer contracautela porque se presume su solvencia económica al estar respaldada por el Presupuesto General de la República.

Queda establecido que esta exoneración sólo alcanza al Estado a través de sus diversos órganos y expresiones constitucionales autónomas. Las personas individuales o colectivas de derecho privado no están comprendidas dentro de esta excepción.

El fundamento de este tratamiento privilegiado para el Estado y sus instituciones públicas, como lo señalamos precedentemente, está basado en una presunción de orden financiero: el Estado es titular del presupuesto público y del patrimonio de la nación. No obstante, en la realidad, el Estado no es precisamente el mejor cumplidor de las disposiciones emanadas de una decisión judicial.

6.2. Presunción de insolvencia económica

Está exceptuado de prestar contracautela a quien se ha concedido auxilio judicial (art.614º cpc). Este beneficio se concede a las personas individuales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso ponen en peligro su subsistencia y

la de quienes de ellas dependen. El auxilio judicial está regulado en los artículos 179º a 187º del código procesal civil.

El auxilio judicial puede solicitarse antes o durante el proceso, quien obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer del proceso o lo conozca, mediante la presentación de un escrito en el que incluirá la constancia de aprobación de la solicitud.

La persona pobre que pretenda interponer una demanda cautelar, antes de iniciarse el proceso principal, debe en primer lugar solicitar auxilio judicial y luego de aprobada su solicitud, demandar la medida cautelar, acreditando estar exonerado de prestar contracautela.

De otro lado, en un proceso de cognición en trámite, o en uno de ejecución, es verdad que puede solicitarse medida cautelar, pero la persona pobre para estar exonerada de contracautela debe solicitar, previamente, el otorgamiento de auxilio judicial, sólo después de obtenerlo puede demandar medida cautelar, en el proceso en trámite. La exoneración de contracautela por gozar de auxilio judicial debe acreditarse de modo documental, al momento de solicitar la medida cautelar.

Finalmente, respecto a los casos de exoneración, además de lo señalado en el artículo 614º del código procesal civil; gozan del mismo tratamiento las medidas cautelares solicitadas como medidas de protección inmediatas tal como lo señala el artículo 7º de la ley N° 26260, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, publicado el 27-06-97. Sin embargo, estas medidas propiamente no tienen naturaleza cautelar, son medidas autosatisfactivas que se agotan con su dictado y ejecución.

6.3. Presunción de veracidad del derecho invocado

Conforme lo dispone el artículo 615º del cpc *“Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el*

Juez de la demanda, con copia certificada de los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del Artículo 610.”

El escenario al que alude la norma es el de un proceso de cognición, único de ejecución e incluso no contencioso seguido hasta el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, sin contar con el respaldo o garantía de una medida cautelar. La obtención de sentencia favorable otorga certeza a la demanda, por tanto a la pretensión discutida, luego, carece de objeto ofrecer contracautela al solicitar determinada medida cautelar; por igual razón deviene en innecesaria la exposición de los fundamentos de la pretensión. Se presume que el derecho cuya ejecución se pretende cautelar es cierto y veraz, aunque sea transitoriamente, por consiguiente, se presume igualmente que la ejecución de la medida cautelar no causará daño alguno al demandado vencido.

7. Clases.

El sustantivo caución, que significa precaución o prevención, tiene, en el derecho, el significado específico de seguridad que da una persona a otra de que cumplirá lo pactado, prometido o mandado; bajo estas consideraciones semánticas y doctrinarias la caución entendida como precaución o prevención puede tomarse como expresión sinónima de contracautela y puede ser de naturaleza real o personal.

La contracautela, cualquiera sea la forma que adopte es siempre de cargo exclusivo del demandante porque es quien la ofrece, aunque la prestación sea pagada por un tercero: la responsabilidad en el proceso corresponde al demandante.

7.1. Contracautela real

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

Este tipo de contracautela alude específicamente a los derechos reales de garantía y entre estos a la hipoteca; los bienes sobre los cuales se constituye el derecho real de garantía constituyen el sustento del eventual resarcimiento. Los demás derechos reales de garantía no resultan idóneos para este propósito.

El propietario del bien hipotecado puede ser el titular de la medida cautelar o un tercero ajeno a la relación procesal o sustantiva. En este último caso, el tercero afecta su patrimonio para garantizar los eventuales perjuicios que la medida cautelar obtenida por el demandante pueda generar ante el desamparo de su demanda en el proceso principal.

7.2. Contracautela personal

Con relación a la contracautela de naturaleza personal sostenemos que es aquella caución constituida por una promesa de pago dinerario. La norma procesal civil solo alude a una forma: la caución juratoria. En efecto, el tercer párrafo del artículo 613º del CPC señala que *"La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo"*.

No obstante, la contracautela de naturaleza personal, desde una perspectiva civil y procesal civil presenta dos modalidades.

7.2.1. Contracautela personal de realización cierta

Es la que se encuentra contenida en un título que puede ser un certificado de depósito o una fianza. El ofrecimiento de una u otra forma exonera al demandante del requisito de la legalización de firma y en ambos casos el monto debe ser igual o superior al monto de la medida cautelar que se solicita. Sin embargo ello no releva al juez de precisar, oportunamente, la magnitud los daños y perjuicios causados, en una articulación procesal sumarásima.

El procedimiento de contratación de la fianza no es un tema procesal, puesto que el Código Procesal Civil no establece cual es la forma de su constitución, pero sí la forma de su ofrecimiento que en esta caso es propiamente la presentación del documento en el que consta la fianza, debe presentarse conjuntamente con la demanda cautelar y como es obvio, no requiere de legalización de firma ante el secretario del juzgado.

La fianza está regulada en el Código Civil como un contrato típico y nominado (artículos 1868° a 1905°). Las empresas bancarias dentro de los servicios propios de su actividad otorgan avales, fianzas y otras garantías, empero tratándose de fianzas, éstas deben darse por monto y plazo determinado (artículos 221°, inc.6. y 217° inc.4 de la ley 26702: Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros).

La fianza como contracautela, puede ser sustituida siempre que la seguridad que se otorgue, se ajuste y corresponda a la necesidad cautelar según la índole de la medida cautelar; esta sustitución está sujeta a los trámites de variación de la medida y a las consideraciones que el juez debe efectuar respecto de su procedibilidad.

7.2.2. Contracautela personal de realización incierta: la caución juratoria.

Es aquella cuya realización no se encuentra suficientemente garantizada, debido a que está constituida exclusivamente por la promesa de pago bajo juramento que efectúa el demandante, teniendo como única formalidad la

legalización de su firma ante el funcionario judicial autorizado. Esta contracautela recibe el nombre de *caución juratoria*.

La caución juratoria se constituye en el expediente con la solicitud de la medida cautelar y consiste en la declaración que hace el demandante, bajo juramento, que se responsabiliza de los daños y perjuicios que la medida pudiera ocasionar, si no resultare fundada su demanda.

La tendencia moderna en la materia, según Podetti, es eliminar la caución juratoria, porque implica sólo una promesa de responder por los posibles daños y se remite a los bienes de quien la otorga, como prenda común de sus acreedores. Dado su fin y la naturaleza de contrapartida de una medida cautelar sobre bienes, parece equitativo que la contracautela sea más sólida, agregando la responsabilidad de un tercero o afectando bienes determinados de quien la otorga, como sucede en la cautela convencional.¹¹³

¹¹³ Podetti Ramiro: Ob. Cit p, 63.

CAPITULO SEPTIMO

ÓRGANOS DE AUXILIO JUDICIAL

Sumario: 1) Definición. 2) Fundamentos. 3) Órganos de auxilio. 4) Responsabilidades.

1. Definición

Los órganos de auxilio judicial son colaboradores o auxiliares externos de la función jurisdiccional pues desempeñan el cargo en nombre del Juez; constituyen en cierto modo una forma especial de representación. Ejercen función pública transitoriamente, sin pertenecer a la estructura orgánica del Poder Judicial, por lo demás esta condición les es reconocida por el artículo 392º y 425º del Código Penal.

2. Fundamentos

El fundamento de esta institución radica en la necesidad y la conveniencia del Juez para adecuarse a las diversas exigencias y situaciones prácticas que el proceso plantea y que no pueden ser asumidas directamente por aquél, no obstante encontrarse bajo su total responsabilidad.

La obra de carácter continuada del juez, desarrollada fuera de su despacho y con frecuencia lejos de éste, requiere ser integrada y complementada por personas a las que se les denomina órganos de auxilio. En efecto, tratándose de medidas cautelares que afectan bienes muebles e inmuebles, si bien se encuentran dentro de la esfera del control jurisdiccional, no quedan bajo la custodia del juez.

El artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción define a la función, funcionario público, oficial gubernamental o servidor público y bienes, del siguiente modo:

- ***Función Pública:***

“toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al **servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.**

- ***Funcionario público, Oficial Gubernamental o Servidor público:***

“Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

- ***Bienes:***

“Los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.”

Por tener la calidad de órganos externos de auxilio judicial pueden ser recusados y tienen el deber de abstenerse si se encuentran afectados por alguna de las causales de impedimento.

3. Órganos de auxilio

El artículo 55º del CPC, menciona como órganos de auxilio al perito, al depositario, al interventor, al martillero público, al curador procesal, la policía. Esta no es una mención restrictiva, puesto que otros órganos de auxilio pueden estar nominados en otras leyes especiales e incluso en el propio CPC.

La ejecución de las medidas cautelares requiere el concurso de determinados órganos de auxilio que el Código Procesal Civil los menciona en cada caso particular. Son designados por el juez de acuerdo con la naturaleza, alcances, y requerimientos especiales de la medida cautelar a dictarse. Entre estos podemos mencionar: al depositario, al custodio, al interventor al administrador; los cuales son especies del mismo género de órganos de auxilio

que tienen en común ser guardadores, custodios materiales de los bienes afectados cautelarmente con determinadas particularidades, como se verá a continuación.

3.1. El custodio

El custodio es el órgano de auxilio judicial encargado del aseguramiento, guarda, vigilancia o custodia de bienes sobre los cuales recae la medida de secuestro judicial o conservativo; sea que se ejecute en forma originaria o subsidiaria.

Debe decirse que el término *custodio* tipifica y define la función de aseguramiento, conservación y guarda de bienes muebles e inmuebles que cumple un conjunto de personas bajo denominaciones específicas tales como depositario, interventor, administrador, entre otras.

Como órgano de auxilio judicial, el custodio no es un auxiliar de los litigantes con quienes se relaciona de modo indirecto a través de las resoluciones que expide el juez. La custodia no nace de una relación contractual sino de un acto jurisdiccional.

Cuando el secuestro recae en bienes muebles del obligado, éstos serán depositados a la orden del Juzgado. En este caso el custodio será de preferencia un almacén legalmente constituido, el que asume la calidad de depositario, con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. Asimismo, está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del Juez, sin poder invocar derecho de retención. Tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, serán depositados en el Banco de la Nación. (Art. 649º del CPC).

3.2. El depositario

Es el órgano de auxilio judicial representado por la persona del obligado sobre cuyos bienes muebles o inmuebles recae el embargo en forma de depósito. Es el único caso en el que la propia parte afectada actúa como órgano de auxilio.

El depositario es el guardador o conservador de sus propios bienes; pero debe conservarlos en el estado y en el lugar en que se encontraban al ejecutarse el embargo y a la orden del juez.

Como se señaló líneas arriba, el depositario es una expresión particular del grupo de funcionarios que cumplen labor de custodia, guarda o conservación de bienes, por ello es válido afirmar que el depositario es una especie de custodio.

3.3. El interventor

Es el órgano de auxilio designado precisamente al dictarse una medida cautelar de embargo en forma de intervención en recaudación o en información para recabar directamente los ingresos de una empresa de persona natural o jurídica o la situación económica de la intervenida.

Como en los casos anteriores la función que cumplen es esencialmente conservativa y aseguradora: conservan transitoriamente lo intervenido sin interferir ni interrumpir las labores propias ni el funcionamiento de la intervenida, con este propósito cumplen otras funciones conexas tales como llevar control de ingresos y de egresos; proporcionar de los fondos que recauda, lo necesario para la actividad regular y ordinaria de la intervenida; informar, en los plazos señalados por el Juzgado, el desarrollo regular de la intervención.

La conservación de los ingresos recaudados es transitoria pues el interventor tiene el deber de poner a disposición del Juez dentro de tercer día las cantidades recaudadas, consignándolas a su orden en el Banco de la Nación. A pedido propio o de parte, puede el Juez modificar el plazo para consignar.

Del mismo modo es deber del interventor recaudador informar inmediatamente, sobre aspectos que considere perjudiciales o inconvenientes a los intereses de quien ha obtenido la medida cautelar, entre ellos la falta de ingresos y la resistencia e intencional obstrucción que dificulte o impida su actuación (Artículo 663º del CPC)

El interventor recaudador, en casos que la tutela cautelar de la pretensión principal lo exija, puede ser designado para recabar información sobre el movimiento económico de la empresa de persona natural o jurídica afectada. Entre otras motivaciones, esta intervención puede preceder a la recaudación de los ingresos o a la administración judicial, pues a este propósito está orientada la verificación de la situación económica del negocio afectado (Artículo 665 del CPC).

3.4. El administrador

Es el órgano de auxilio cuya designación es dispuesta cuando la medida recae sobre bienes fructíferos con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan, corresponde al administrador o administradores custodiar y administrar los bienes productores de frutos (Art. 669º CPC)

A diferencia del interventor la facultades del administrador tienen mayor alcance y trascendencia jurídica puesto que para el logro de sus objetivos asume la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Más adelante se desarrolla los alcances de la administración judicial.

3.5. El retenedor

Es el órgano de auxilio judicial que se instituye cuando el embargo dictado es uno en forma de retención. Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella la función del órgano de auxilio se limita a retener el pago a la orden del juzgado, y depositar el dinero en el Banco de la Nación.(Art.

Si lo retenido no fuera dinero, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, lo cual no quiere decir, que deje de ser retenedor. Podrá eximirse de esta responsabilidad si pone los bienes a disposición del Juez. (657º CPC)

El retenedor puede ser el deudor o futuro deudor del obligado, o simplemente el administrador **de los dineros o acreencias de éste**.

4. Responsabilidades

Los órganos de auxilio con ocasión del desempeño del cargo encomendado pueden incurrir en responsabilidad civil y penal en forma excluyente o copulativa¹¹⁴.

4.1. Responsabilidad civil.

El legislador, como es comprensible, no reguló en el CPC todas las conductas constitutivas de responsabilidad civil, sólo menciono algunas de ellas, como las contenidas en el artículo 655º, remitiendo en lo demás a *lo que regulen otras disposiciones*. Las normas del Código Civil que en las que se establecen las responsabilidades del depositario en los contratos de depósito y secuestro son de aplicación a la función que cumplen los órganos de auxilio judicial, en lo pertinente.

Entre algunas de las conductas generadoras de responsabilidad civil cabe mencionar las siguientes:

a) Infringir el deber de conservar los bienes en depósito o custodia en el mismo estado en que los reciben, en el local destinado para ello, a la orden del

¹¹⁴ El artículo 56| del CPC establece que los deberes y responsabilidades de los auxiliares de la jurisdicción civil se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normas respectivas y que los órganos de auxilio judicial se rigen por las leyes y demás disposiciones pertinentes. Sin embargo, el artículo 281º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S N° 017-93-JUS no precisa las responsabilidades de los órganos de auxilio, remitiéndonos únicamente a las leyes y reglamentos pertinentes: “El cuerpo médico forense, la Policía Judicial, el cuerpo de traducción e intérpretes, los martilleros públicos y *otros órganos y personas de auxilio judicial* (lo resaltado es nuestro) se rigen por las leyes y reglamentos pertinentes.”

Juzgado y con acceso permanente para la observación por las partes y veedor, si lo hay.

b) No dan cuenta inmediata al Juez de todo hecho que pueda significar alteración deterioro o pérdida de los objetos en depósito o secuestro.

c) Usar en provecho propio o de tercero, el bien sometido a secuestro, depósito, intervención y administración, salvo que determinadas circunstancias lo exijan y siempre que el juez lo autorice.

d) Negarse a la devolución del bien.

La responsabilidad civil de los órganos de auxilio judicial se traduce en pretensiones indemnizatorias que tanto el afectado como el titular de la medida puedan postular contra aquellos.

El interventor es responsable civil y penalmente por el dinero que recaude y por la veracidad de la información que ofrezca; en tanto que *el retenedor* incurre en responsabilidad civil cuando intimado para la retención niega falsamente la existencia de créditos o bienes, será obligado a pagar el valor de éstos al vencimiento de la obligación, por falsa declaración; del mismo modo si incumpliendo la orden de retener, paga directamente al afectado, será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del Juzgado; sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, en ambos casos (Arts. 659º-660º CPC)

Finalmente, el intervenido responde civil y penalmente por la actitud de resistencia, obstrucción o violencia. (Art. 668º CP)

4.2. Responsabilidad penal

Dispone el artículo 392º del Código Penal que están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren

o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.”

Según el artículo referido, los delitos en los que pueden incurrir con mayor frecuencia los órganos de auxilio judicial son:

- a) *Peculado* (387º CP): Cuando el órgano de auxilio judicial se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Entendiéndose como *efectos*: bienes, muebles y enseres
- b) *Malversación* (389º CP): Cuando el funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada.
- c) *Retardo injustificado de pago* (390º CP) Cuando el funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente.
- d) *Rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia* (391º CP): Cuando el funcionario o servidor público, en este caso el órgano de auxilio al ser requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración.
- e) *Desobediencia o resistencia a la autoridad* (368º CP): Cuando el órgano de auxilio desobedece o resiste la orden impartida por el juez en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención
- f) *Expedición de prueba o informe falso en proceso judicial* (412º CP) : Cuando el órgano de auxilio requerido por el juez expide una prueba o un informe falsos, niega o calla la verdad, en todo o en parte.

- g) *Fraude procesal* (416º CP) cuando el órgano de auxilio, por cualquier medio fraudulento, induce a error al juez para obtener resolución contraria a la ley, evidenciando con su proceder un interés personal, contrario a sus funciones.

TITULO SEGUNDO

MEDIDAS CAUTELARES ESPECIFICAS

CAPITULO 1. MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

SUBCAPITULO 1. EL EMBARGO

SUBCAPITULO 2. EL SECUESTRO

SUBCAPITULO 3. LA ANOTACION DE DEMANDA

CAPITULO 2. MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

CAPITULO 3. MEDIDAS INNOVATIVAS

CAPITULO 4. MEDIDAS DE NO INNOVAR

CAPITULO 5. MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

CAPITULO PRIMERO

MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

Sumario: 1. Concepto. 2. Medidas para futura ejecución forzada y títulos ejecutivos. 3. Clases. Capítulo 1. El embargo. Capítulo 2. El secuestro. Capítulo 3. La anotación de demanda.

1. Concepto.

Las medidas para futura ejecución forzada son aquéllas que tienen como propósito asegurar la ejecución o realización de la obligación contenida en un título ejecutivo de origen jurisdiccional (judicial o arbitral) o contractual. También son conocidas como medidas asegurativas porque tienen por finalidad la realización de las decisiones condenatorias a las que la ley otorga calidad ejecutiva.

Estas medidas en nuestra legislación y por lo general en la legislación extranjera son: el embargo, el secuestro y la anotación de demanda conocida también como anotación de litis.

2. Ejecución forzada

La tutela jurisdiccional ejecutiva o de realización garantiza que el ejecutante obtenga los bienes y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. La ejecución procesal en sí misma es forzada, puesto que la hipótesis de cumplimiento libre y espontáneo técnicamente no podría encuadrarse dentro de tal categoría. La ejecución procesal por ello constituye responsabilidad ineludible del Estado en función jurisdiccional.

La ejecución de sentencias, autos y laudos condenatorios firmes y otros documentos a los que la ley les asigna el estatus de títulos de ejecución, implica en todos los casos la realización de actos transformativos de la realidad socio-

jurídica para adecuarla a lo dispuesto jurisdiccionalmente. Esta actividad transformativa está sustentada en la potestad estatal destinada a preservar el ordenamiento jurídico, en este caso, a recomponerlo, para cuyo efecto, ya no se requiere el asentimiento del obligado, por lo que técnicamente no se trata de ninguna actividad forzada contra aquél.

Si el deudor, vencido en un proceso de cognición condenatoria o en un proceso arbitral de igual naturaleza, satisface la obligación contenida en la sentencia o en el laudo; estamos frente a un caso singular, cívico y extraño caso de cumplimiento espontáneo del fallo; lo común y habitual es la conducta contraria: la resistencia del vencido y la oposición al mandato ejecutivo o de ejecución. Lo propio sucede con los títulos ejecutivos, es decir, los títulos de origen contractual, el deudor habitualmente presenta resistencia a cumplir la obligación contenida en documentos con mérito ejecutivo¹¹⁵.

La ejecución forzada por tales razones es el momento procesal jurisdiccional en el que la *iudicio* y la *executio* de los que están investidos los jueces como expresión de su poder jurisdiccional hace realidad lo decidido, reconocido y resuelto por el ordenamiento jurídico. Las potestades públicas se manifiestan a plenitud para hacer realidad aquello que el acreedor debió recibir originariamente y el deudor debió cumplir espontáneamente. Esta actividad jurisdiccional se llama forzada porque no toma en cuenta la voluntad del deudor ejecutado; en esencia, no es que el deudor forzadamente haga lo que el juez ordena, sino que se realiza sin considerar su asentimiento y voluntad.

Por tal razón, en el proceso de ejecución, tal como lo confirma Salvatore Satta, se trata de adecuar la realidad a una normativa ya establecida, sustituyendo la voluntad del deudor, o más en general, del obligado, en el cumplimiento de un acto. Con este término figurado de sustitución se quiere significar que la voluntad del deudor no cuenta ya para nada, que su esfera jurídica no lo protege ya, que lo que él debía cumplir se cumple, pero al mismo

¹¹⁵ Pérez Ríos, Carlos Antonio: El proceso ejecutivo. P. 164.

tiempo que es precisamente aquella voluntad suya la que se realiza, según la normativa de la propia acción a la cual no se puede ya sustraer"¹¹⁶

3. Medidas para futura ejecución forzada y títulos ejecutivos.

La realización de los títulos ejecutivos tiene como medidas cautelares idóneas a las medidas para futura ejecución forzada; son éstas la garantía de su eficacia y satisfacción: el embargo, el secuestro y la anotación de demanda son las únicas medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción procesal jurisdiccional de los títulos ejecutivos.

4. Clases:

4.1. El embargo

3.1.1. En forma de depósito (artículo 649° CPC)

3.1.2. En forma de inscripción (artículo 656° CPC).

3.1.3. En forma de retención (artículo 657° CPC).

3.1.4. En forma de intervención:

- En recaudación (art 661° CPC)
- En información (art. 665° CPC)

3.1.5. En forma administración (art. 669° CPC)

4.2. El secuestro

4.2.2. Secuestro judicial (1º párrafo del artículo 643° CPC)

4.2.3. Secuestro conservativo (2º párrafo del artículo 643° CPC)

4.3. Anotación de demanda en los registros públicos(art. 673° CPC)

¹¹⁶

Satta Salvatore: "Manual de Derecho Procesal Civil" 1967, Padova, Vol.II, p.14.

SUB-CAPÍTULO 1.

EL EMBARGO

Sumario: 1. Antecedentes y aspectos preliminares. 2. Marco conceptual. 3. Embargabilidad. 4. Clases. 5. Inembargabilidad.

1. Antecedentes y aspectos preliminares.

Según el Diccionario de la Lengua Española embargo es “*Retención, traba o secuestro de bienes por mandamiento de juez o autoridad competente*”.

Sobre la etimología del vocablo *embargo*, explica el profesor español Manuel Cachón Cadenas que “No hay en el latín clásico ninguna palabra a partir de la cual pueda establecerse una relación directa de derivación etimológica (...). Será con posterioridad, en el latín bajo o tardío, cuando va a hacer su aparición el verbo *imbarricare* (...) entre los diversos significados este verbo se hallan los de impedir, estorbar, obstaculizar y embarazar. Y, efectivamente, en algunos textos legales de la Edad Media, en particular en el Código de las Siete Partidas, los términos *embargar* y *embargo* son utilizados en ese sentido genérico”¹¹⁷

2. Marco conceptual

Conforme a nuestro ordenamiento procesal civil el embargo consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado aunque el bien se encuentre en posesión de tercero, siempre que la pretensión principal sea apreciable en dinero (art. 642º CPC).

Se denomina embargo a la afectación judicial, de uno o varios bienes del deudor; o presunto deudor, para el pago del crédito sobre el cual versa la ejecución actual (proceso único de ejecución) o futura (proceso de cognición condenatoria actual).

¹¹⁷ Cachón Cadenas, Manuel Jesús: Ob. Cit. p. 22.

El embargo cumple, en cierto sentido, un papel semejante al de la afectación convencional de determinados bienes emergentes de la constitución de un derecho real de garantía (hipoteca, prenda), pero la característica que fundamentalmente lo distingue de esa situación consiste en que aquél requiere, ineludiblemente, una resolución judicial.¹¹⁸

Sabido es que la ejecución destinada a satisfacer cualquier pretensión insatisfecha exige el embargo de bienes y derechos del deudor a fin de ser realizados, y viabilizar el pago al acreedor; o bien, si se ha aprehendido dinero, proceder al pago inmediato al acreedor ejecutante, por eso que el embargo es, en primer lugar, un acto del órgano jurisdiccional, por el cual los bienes y derechos del deudor, afectados, se declaran y quedan adscritos a la satisfacción del crédito del ejecutante. Mas esta afectación no agota la finalidad el embargo, cuya finalidad ejecutiva exige que tenga como segundo contenido, la aprehensión efectiva, jurídica, física o material de los bienes y derechos embargados. Este último punto es el que no tiene un trato uniforme: para la LEC española el embargo comprende ambos aspectos en tanto que para la legislación procesal colombiana y peruana este último aspecto, es decir, la aprehensión física o material de los bienes afectados es propiamente el secuestro.

Los bienes y derechos embargables deben tener un valor económico susceptible de realización, por esta razón son excluidos los derechos inherentes a la persona, tales como el derecho al nombre, estado civil, a la subsistencia. Etc.

“Quedan sujetos al embargo-explica Leonardo Prieto Castro- la totalidad de los bienes y derechos presentes y futuros del deudor, y por tanto, también los que estén pendientes de condición o de término, los que se hallen en su poder como los que estén bajo la custodia de terceros; e igualmente los individualizados o los que se encuentren en indivisión.”¹¹⁹

El destacado procesalista alemán W Kisch, ya en 1932, decía: "Dos requisitos son necesarios para que pueda realizarse el embargo. En primer lugar

¹¹⁸ Enrique Palacio, Lino: Manual de Derecho Procesal Civil. Decimoctava Edición actualizada. LexisNoxis, Abeledo-Perrot Buenos Aires, 2004. P.670

¹¹⁹ Prieto Castro, Leonardo: "Derecho Procesal Civil", Edit. Tecnos S.A. Madrid. 1989, p.466.

se requiere que el acreedor tenga contra el deudor un crédito que justifique la medida, el cual no es indispensable que sea exigible ni incondicionado ni que haya sido demandado previamente por vía de demanda, ni que resulte de un título *ejecutivo*. *En segundo lugar, debe existir un motivo* suficiente, es decir, un temor fundado que de no tomarse la medida cautelar, la ejecución en el correspondiente procedimiento posterior será imposible o se verá dificultada notablemente.”¹²⁰

El embargo -explica Carreras- se resuelve en una actividad encaminada a elegir los bienes del ejecutado que deben sujetarse a la ejecución y a afectarlos concretamente a ella, engendrando en el acreedor ejecutante una facultad procesal a percibir el producto de la realización de los bienes afectados¹²¹

Ramiro Podetti, define al embargo como la medida judicial que afecta un bien o bienes determinados, de un deudor o presunto deudor, al pago eventual de un crédito, individualizándolos y limitando las facultades de disposición y de goce.¹²²

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica,- explica Ugo Rocco - el embargo es una declaración de voluntad de los órganos jurisdiccionales, emitida por éstos en el ejercicio del poder jurisdiccional de imperio, encaminada a la realización coactiva del derecho, perteneciente a la categoría de las órdenes, positivas (mandatos) o negativas (prohibiciones)¹²³. Con este propósito, mediante el embargo se limita el derecho de uso, de disfrute y de modo indirecto se afecta las posibilidades de disposición del bien.

Un sector importante de la doctrina divide al embargo en preventivo y ejecutivo, según estén destinados a asegurar el cobro de obligaciones dinerarias a dictarse en procesos cognitorios condenatorios o en procesos ejecutivos y vinculados directamente con la ejecución forzada. La legislación nacional no

¹²⁰ Kisch, W: "Elementos de Derecho Procesal Civil" Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1940, p.376.

¹²¹ Carreras: "El embargo de bienes" p.138, citado por Juan Montero Aroca en "Las ejecuciones hipotecarias" p. 245.

¹²² Podetti, J.Ramiro: "Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral- Tratado de las Ejecuciones" EDITORES Buenos Aires 1952, p.143.

¹²³ Rocco, Ugo: "Derecho Procesal Civil" Edit. DEPALMA. Buenos Aires, 1976, T.IV, pp.178.

introduce ningún tipo de diferencias o especies de embargo, únicamente es normada como una medida cautelar para futura ejecución forzada destinada por tanto a asegurar el pago de obligaciones dinerarias ya sea en procesos de cognición o en procesos de ejecución.

El embargo procede aunque los bienes se encuentren en posesión de terceros, con las reservas que la ley establece. En efecto, interesa garantizar la realización del derecho declarado judicial o legalmente, luego el objetivo central del embargo consistirá en afectar los derechos de crédito o bienes del deudor ejecutado, que estén en posesión de terceros bajo cualesquiera de las modalidades previstas en la ley; en consecuencia, si los bienes se encuentran en arrendamiento, comodato o depósito, la afectación dispuesta mediante el embargo consistirá en su retención a cargo del poseedor.

Los bienes embargados pueden ser enajenados no existe prohibición legal que impida la venta o donación de dichos bienes; sobre el particular el numeral 2 del artículo 1409º del código civil establece que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes afectados en garantía, embargados o sujetos a litigio por cualquier causa. En aplicación del principio de publicidad registral debe presumirse que quien adquiere un bien gravado tiene conocimiento de tal circunstancia; esta es una presunción que no admite prueba en contrario (art.2012 del CC).

No obstante, la omisión del deber de información oportuna sobre los gravámenes o limitaciones existentes puede ser considerada delictiva siempre que el agente se procure para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, sólo ante estos supuestos la enajenación de un bien gravado puede generar consecuencias penales. El numeral 4, artículo 197 del Código Penal considera delictiva la conducta de aquél que bajo los supuestos señalados *"vende o grava, como bienes libres, los que son litigiosos o están embargados o gravados y cuando se vende, grava o arrienda como propios bienes ajenos"*.

Finalmente, desde una perspectiva pública o estatal, el embargo así como el secuestro conservativo, tienen por finalidad última posibilitar al Juez, mediante la ejecución forzada, la obtención de los medios económicos necesarios para restituir al acreedor ejecutante la acreencia que dejó de percibir por la actitud transgresora y de resistencia del deudor ejecutado. Logra así el Estado materializar los objetivos de la tutela jurisdiccional ejecutiva, satisfactiva o de realización, restableciendo el orden jurídico alterado.

3. Embargabilidad

Es el estado que la ley atribuye a los bienes que integran el patrimonio del deudor por ser garantía común de sus acreedores, pues aquellos se encuentran afectados a la responsabilidad de las obligaciones asumidas y que recaen sobre su titular. Son las excepciones las que deben estar específicamente previstas por la ley, o por tratarse de casos especiales, este es el caso de la inembargabilidad.

4. Clases

Varios son los criterios o variables a partir de los cuales puede establecerse una clasificación del embargo. Sin embargo, por razones didácticas nos limitaremos a tres variables: a) Según el tipo de proceso en el que se pretende el cobro de la pretensión dineraria; b) Según el ordenamiento procesal civil nacional, y; c) Según los alcances de la medidas.

4.1. Según el tipo de proceso en el que se pretende el cobro de la pretensión dineraria. Son dos las especies indicativas:

4.1.1. Embargo pre-ejecutivo.

Conocido también como embargo preventivo. Es el embargo que está destinado a asegurar la realización de sentencias cognitivas condenatorias, aún no dictadas o no provistas del atributo de la cosa juzgada. Es el embargo al que los españoles denominan preventivo de bienes que sirve “para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de

frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación e precios ciertos.”¹²⁴

Desde nuestro punto de vista, no es adecuado atribuir al embargo el calificativo de *preventivo* porque ello nos conduciría a admitir la existencia de embargo *definitivo*. Si admitimos al embargo como medida cautelar, tema respecto del cual no existe gran disenso, resulta innecesario añadirle el término preventivo pues toda medida cautelar lleva consigo como *código genético* el carácter preventivo, luego resulta una redundancia inadmisibles, persistir en el uso de la expresión señalada. Pretender considerar al embargo como parte estructural de la ejecución forzada es desconocer los límites y fines, tanto de la tutela cautelar, como de la tutela ejecutiva satisfactiva.

No puede existir ejecución forzada patrimonial dineraria sin la existencia de bienes afectados antes, durante o después de la existencia de sentencia condenatoria firme o en general título de ejecución. No pueden existir bienes afectados para ser destinados a la ejecución forzada sino es a través de una medida cautelar de embargo o secuestro, salvo el caso bienes afectados con garantía hipotecaria.

4.1.2. El embargo ejecutivo

Es el embargo que funciona como medio instrumental de una ejecución actual, pendiente y en desarrollo. Consiste-sostiene Cachón Cadenas-en una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que se realizará en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo¹²⁵.

La función de estos dos tipos de embargo, al margen de sus diferencias temporales o de acaecimiento, es la misma: facilitar al Juez como órgano de Estado la realización de sus objetivos públicos y la obtención de los recursos que pueda necesitar o necesita ya de hecho, en una ejecución forzosa, para hacer realidad, esto es, pagar una obligación insatisfecha a favor del acreedor

¹²⁴ LEC, inc.1, artículo 727.

¹²⁵ Cachón Cadenas, Manuel Jesús: “El embargo” Librería Bosch, Barcelona 1991, p.29.

ejecutante, con los bienes del deudor ejecutado, afectados para este fin. El embargo, en suma, permite satisfacer el interés público expresado en el restablecimiento del orden jurídico alterado por el deudor y el otorgamiento de seguridad jurídica que es logrado precisamente con la satisfacción del interés privado, inmediato, representado por el pago de la acreencia.

4.2. Según el ordenamiento procesal civil nacional:

4.2.1. Embargo en forma de depósito.

Consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado; es procedente siempre que la pretensión a garantizar en el proceso cautelado o principal sea apreciable en dinero.

La afectación jurídica puede recaer sobre bienes muebles o sobre inmuebles no inscritos del obligado, en ambos casos el deudor ejecutado asume la calidad de órgano de auxilio judicial bajo la denominación de depositario.

El efecto principal de esta modalidad de embargo consiste en la inmovilización de los bienes afectados, estos deben ser conservados en el domicilio del ejecutado o en el local destinado para tal fin a la orden del Juzgado. No se afecta el derecho de usar disfrutar o disponer de los bienes, por su propietario. Empero, de algún modo, los derechos de uso y disfrute sufren cierto menoscabo o limitación en el supuesto de que el uso de los bienes requerían de su traslado eventual o cotidiano a otros lugares.

El ejecutante, por razones prácticas y actuando previsoramente al solicitar embargo en forma de depósito debe designar un órgano de auxilio ante la eventualidad de que el embargo derive en una medida de secuestro por negarse el ejecutado a constituirse en depositario.

- **Deberes del depositario**

1. Conservar los bienes en el mismo estado en que los recibió.
2. Conservar los bienes en el local designado como depósito.
3. Dar cuenta al juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos depositados.
4. Permitir que las partes, y veedor si fuere el caso, puedan observar permanentemente el estado de conservación y condiciones de los bienes depositados.
5. Poner a disposición del Juzgado o del martillero los bienes afectados dentro del plazo fijado, a efectos de procederse al correspondiente remate o adjudicación.

Ejecución

La ejecución está a cargo del auxiliar jurisdiccional (secretario de juzgado o especialista legal de diligencias externas). Presente en el lugar de ubicación de los bienes a efectuarse, da inicio a la diligencia levantando la correspondiente acta en la que procede a identificar los bienes precisando su naturaleza, número o cantidad, marca, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y otros datos que permitan su cabal identificación y devolución, de ser el caso, en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Del mismo modo identificará a la persona designada como depositaria o custodio, certificando la entrega de los bienes a ésta. La inobservancia de estos requisitos genera responsabilidad funcional para el auxiliar jurisdiccional. Si la naturaleza de los bienes a embargarse, para su identificación, requiere de determinados conocimientos técnicos especializados, el auxiliar jurisdiccional podrá contar con el auxilio de un perito.

- **Embargo de inmueble no inscrito**

“Artículo 650.- Embargo de inmueble no inscrito.-

Quando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente

como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata”.

Como puede observarse la norma no precisa la forma que asume el embargo, no obstante por los atributos que se desprenden de su tenor, podemos sostener que asume la forma de embargo en forma de depósito. El artículo 33.b. de la Ley 26979, ley de procedimiento de ejecución coactiva, sobre el particular, elimina todo asomo de duda, textualmente señala que *“Cuando se trate de bienes inmuebles no inscritos en Registros Públicos, el Ejecutor podrá trabar embargo en forma de depósito respecto de los citados bienes, debiendo nombrar al Obligado como depositario”.*

El embargo se ejecuta bajo las características siguientes:

1. *La afectación no incluye los frutos, se limita sólo al inmueble.-* Por esta precisión se infiere que el titular del inmueble sí puede disponer de los frutos que el bien genera. Tratándose de un inmueble, los frutos a los que alude la norma son los civiles; es decir, los provechos renovables que produce el bien, sin alterar ni disminuir su sustancia; serían los producidos como consecuencia de una relación jurídica como por ejemplo los obtenidos merced a un contrato de arrendamiento.
2. *El depositario es necesariamente el afectado.-* Como se precisó líneas arriba, cuando el embargo ordenado es en forma de depósito, el afectado tiene la preferencia para ser constituido en depositario, sólo ante su negativa procede el secuestro de los bienes y el nombramiento de un custodio con funciones análogas a las del depositario siempre que hubiere sido solicitado por el titular de la medida y ordenado por el juez. En el caso que nos ocupa la ley establece que el depositario es el propio afectado, no cabe la posibilidad de rechazo o negativa a la aceptación del cargo puesto que tratándose de un bien inmueble tampoco cabe la posibilidad del secuestro.

3. *El afectado (depositario) deberá conservar la posesión inmediata del bien y no está obligado al pago de renta por su uso.*- La ley impone al afectado el deber de conducir directamente el inmueble, sin el pago de renta alguna dado a su condición de propietario. Resulta obvio que no podrá obtener renta por el alquiler del inmueble puesto que la conducción inmediata y directa del mismo le impide tal posibilidad. Sin embargo la obtención de otros frutos civiles es absolutamente posible.

El antiguo Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852, establecía que “El depósito tiene lugar en los bienes muebles y en los fundos urbanos; y la intervención en los fundos rústicos y en los establecimientos industriales.”(Art. 558)

- **Embargo en forma de depósito y secuestro**

Quien solicita embargo en forma de depósito sabe que existe el riesgo de que el afectado no acepte actuar como depositario de sus bienes; por esta eventualidad es que al postular su demanda cautelar debe hacerlo acumulativamente: debe pedir que se trabé embargo en forma de depósito y subordinadamente se ordene el secuestro conservativo de bienes del obligado.

Ante la eventualidad señalada se procede al secuestro de los bienes los cuales son depositados a la orden del Juzgado en un almacén legalmente constituido el que asume la calidad de depositario con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. El Banco de la Nación se constituye en depositario de orden legal cuando los bienes secuestrados son dinero, joyas, piedras y metales preciosos y otros bienes similares.

Sobre el órgano de auxilio judicial, la norma no utiliza un criterio excluyente o restrictivo, señala que de preferencia será un almacén legalmente constituido, entonces debemos efectuar las precisiones del caso:

1. Cuando la norma alude a un almacén legalmente constituido, debe entenderse que se refiere a una empresa constituida bajo cualquier modalidad establecida por la ley general de sociedades o la ley especial que regula a la

empresa individual de responsabilidad limitada, cuya finalidad es la prestación de servicios de depósito o almacenaje.

2. Puede designarse como órgano de auxilio una persona individual (persona natural según la ley) que pueda prestar servicio de depósito por ser propietaria o conductora de inmueble o inmuebles que reúnan los requisitos para el fin enunciado.

3. Nada impide que incluso pueda designarse a una persona jurídica con finalidad no lucrativa como por ejemplo una asociación, que al ser propietaria o conductora de un inmueble, pueda prestar el servicio de almacenaje o depósito.

4. En todos los casos el órgano de auxilio está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del Juez, sin poder invocar derecho de retención. La norma procesal (art.649° del CPC) prohíbe al depositario ejercitar el eventual derecho de retención previsto en los artículos 1123 a 1131 del código civil.

El depositario que invocando la falta de garantía suficiente para el pago por el servicio de depósito o almacenaje retiene los bienes puestos bajo su custodia, resistiéndose a la intimación judicial respecto a la presentación de los bienes a disposición del Juez para su devolución al propietario, o su entrega al martillero, según sea el caso, incurre en responsabilidad penal como presunto autor de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y apropiación ilícita, además de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que su actitud pueda ocasionar.

Reiteramos, la ejecución del secuestro conservativo está subordinada a la inejecución del embargo en forma de depósito por la negativa del obligado a actuar como depositario. Para esto, la decisión cautelar debe contener acumulativamente la medida de embargo en forma de depósito y subordinadamente el secuestro conservativo, de otro modo el proceso se impregna de nulidad.

El depositario que invocando la falta de garantía suficiente para el pago por el servicio de depósito o almacenaje retiene los bienes puestos bajo su custodia,

resistiéndose a la intimación judicial respecto a la presentación de los bienes a disposición del Juez para su devolución al propietario, o su entrega al martillero, según sea el caso, incurre en responsabilidad penal como presunto autor de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y apropiación ilícita, además de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que su actitud pueda ocasionar.

- **El cateo**

El artículo 653 del CPC se refiere al cateo en los siguientes términos: “Si al momento de la ejecución de la medida se advierte el ocultamiento de bienes afectables, o si éstos resultan manifiestamente insuficientes para cubrir su monto, podrá el Auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, hacer la búsqueda en los ambientes que esta le indique, sin caer en excesos ni causar daño innecesario. Puede, incluso, atendiendo a circunstancias plenamente justificadas, proceder a la búsqueda en la persona del afectado, respetando el decoro de ésta.”

Según el Diccionario de la Lengua Española cateo es la acción y efecto de catear que a su vez significa “*Buscar, descubrir, espiar, acechar*”, “*Allanar la casa de alguien*”, “*Explorar terrenos en busca de alguna veta minera*”, “*Buscar, procurar, solicitar*”.

La acepción contenida en la norma procesal es la que se refiere la acción de buscar, descubrir y procurar bienes que habrían sido ocultados por el afectado para evitar su afectación. Extensivamente puede considerarse como aplicable al lenguaje procesal la acepción referida al allanamiento de la casa de alguien pero siempre para el propósito enunciado.

El cateo es por ello la acción de exploración y búsqueda de bienes afectables practicada por el auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, en los ambientes que éste indique, cuando en el momento de la ejecución de la medida se produce el ocultamiento de bienes, o si los bienes ubicados resultan insuficientes para cubrir el monto, se ejecutará esta medida “*sin caer en excesos ni causar daño innecesario*”

Empero, esta medida va más allá de la exploración y búsqueda de bienes en los ambientes de propiedad o bajo conducción del afectado; en efecto, puede practicarse incluso en la persona del afectado, es decir, se autoriza el cateo en la estructura física externa de la persona *"respetando el decoro de ésta"* y *"atendiendo a circunstancias plenamente justificadas"*

El cateo se justifica por las circunstancias que rodean a la ejecución del embargo en forma de depósito y en especial al secuestro. Es comprensible que el afectado pretenda sustraer el mayor número de bienes de la ejecución, con este propósito realiza actos de ocultamiento. Las zonas de ocultamiento no son únicamente los ambientes del inmueble, sino el propio cuerpo. En este último caso puede tratarse del ocultamiento de dinero, alhajas, títulos valores u otros bienes pequeños en los bolsillos e incluso en el interior de las ropas.

Sobre este particular la norma establece que se procede a la búsqueda en la persona del afectado. Empero cabe preguntarse si la búsqueda puede practicarse en otras personas tales como familiares o personas dependientes del afectado. Nos atrevemos a absolver la cuestión sosteniendo que si se advierte el ocultamiento de bienes por otras personas pero dentro del área de dominio del afectado, resultaría procedente el cateo, máxime si tenemos en cuenta que el embargo es la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado aunque se encuentre en posesión de terceros, con las reservas señaladas por la ley.

Es verdad que nuestra ley autoriza al auxiliar jurisdiccional a efectuar el cateo ante circunstancias justificadas, sin embargo, si la persona requerida se negara a ser sometida al cateo, el auxiliar jurisdiccional no podría disponer ninguna medida disciplinaria ni coercitiva contra aquella, por carecer de estas facultades. Para que esta situación no ocurra, previsoramente, a pedido de parte el Juez al dictar el auto cautelar puede disponer el cateo en otros ambientes, disponiendo el descerraje si fuera necesario. Consideramos que no podría disponer medida similar respecto al cateo sobre el cuerpo de la persona.

4.1.5. Embargo en forma de inscripción.

“Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.” (Artículo 656º CPC)

- **Alcances de la medida**

Según la norma, la afectación jurídica del bien o derecho del afectado se produce sobre bienes registrados y siempre que resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. La medida se ejecuta con la inscripción del monto de la afectación en el asiento registral respectivo. El bien así embargado puede ser enajenado, el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito.

El artículo 2010 del C. C. preceptúa que "la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria". En este caso el título de inscripción es el auto cautelar contenido en el oficio que el Juez cursa al Registrador respectivo, además de las copias certificadas de los actuados pertinentes. La norma procesal exige que se agregue la certificación registral al expediente.

Actúa como órgano de auxilio judicial en esta modalidad de embargo el registrador quien ejecuta el embargo inscribiendo el monto de la afectación siempre que la medida cautelar resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito.

¿Procede el embargo en forma de inscripción sobre las cuotas ideales de uno de los copropietarios?

Previamente debemos recordar que la copropiedad sobre una cosa otorga a ésta la calidad de bien indiviso, ello implica que el derecho de cada propietario se refiere al total, no a una parte específica de la cosa común, por lo cual la parte de cada uno no es una parte material sino una cuota ideal¹²⁶, una parte alícuota

¹²⁶ **Artículo 969.- Noción.-** Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas.

proporcional cuyas únicas limitaciones son las que emergen del estado de copropiedad la misma que confiere a los copropietarios derecho a los frutos y les impone la obligación de asumir los gastos de conservación del bien indiviso en proporción a la cuota ideal de cada uno.

Pues bien, de acuerdo con la precisión sustantiva realizada, nuestra respuesta es afirmativa. Creemos que es procedente el embargo en forma de inscripción sobre las cuotas ideales de uno de los copropietarios, ello no obstante no implica la extinción del régimen de copropiedad e indivisión, la ejecución forzada de la obligación garantizada sólo tendrá como efecto la transferencia de las cuotas ideales del copropietario ejecutado en favor del postor adjudicatario.

Se puede solicitar judicial o extrajudicialmente la extinción de la copropiedad, poniendo fin al régimen de indivisión, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije plazo para la partición.

4.2.3. Embargo en forma de retención

"Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez."(art.657° CPC)

De la norma se colige que esta medida consiste en la orden que el Juzgado imparte a efectos de que el poseedor retenga el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Cuando se trata de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.

Artículo 970.- Presunción de igualdad de cuotas

Las cuotas de los propietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario. El concurso de los copropietarios, tanto en los beneficios como en las cargas, está en proporción a sus cuotas respectivas.

En síntesis, debe entenderse que esta afectación tiene como propósito evitar que el derecho de crédito o los bienes del afectado, en posesión de un tercero, sean dispuestos por aquél. Tratándose de derechos de crédito, mediante la orden de retención dispuesta por el Juez, el poseedor queda prohibido de pagar (entregar suma de dinero) al deudor ejecutado, el dinero tiene que ser retenido a la orden del Juzgado y depositado en el Banco de la Nación. En el caso de otros bienes muebles determinados, el objeto es lograr su inmovilización, finalidad análoga al embargo en forma de depósito.

Sobre este punto, el segundo párrafo del artículo 226 de la ley N° 26702 (ley General del sistema financiero y del sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros) contiene la siguiente estipulación: *"Las medidas cautelares que se dispongan respecto de cuentas corrientes sólo surtirán efecto sobre el saldo que resulte luego de que la empresa aplique sobre ella los cargos que corresponda por las deudas vencidas que mantenga el titular de la cuenta a la fecha de notificación de dichas medidas y siempre que no se encuentre sujeto a gravamen alguno."*

Advierte con acierto Cernelutti que el embargo plantea un problema que tanto tiene de económico como de jurídico, porque si es interesante, desde este punto de vista, asegurar las consecuencias del proceso ulterior, hay que evitar, una vez conseguido este propósito, los daños que para la economía pueden derivar de una inmovilización del patrimonio que tan hondamente puede influir en la producción y en la circulación de la riqueza¹²⁷.

El órgano de auxilio judicial en el embargo en forma de retención es el tercero retenedor, persona natural o jurídica sobre la cual existe una obligación de dar suma de dinero, o bien mueble determinado quien asume las obligaciones y responsabilidades propias del depositario. Puede tratarse de un tercero retenedor titular de la obligación de pago frente al deudor ejecutado, pero también puede tratarse de un tercero ajeno a la obligación de pago (en sentido restringido) quien actúa como depositario del dinero del deudor ejecutado a través de cuentas de

¹²⁷ Citado por Manuel De la Plaza, en Derecho Procesal Civil Español. Vol II, Primera parte. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 67.

ahorro, cuentas corrientes u otras modalidades; en ambos casos se trata de una obligación de dar suma de dinero, cualquiera sea la naturaleza de la relación contractual.

- **Ejecución**

El secretario interviniente sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes. Si se niega a firmar dejará constancia de su negativa (arto 658º CPC)

Es deber del secretario interviniente(o especialista legal de diligencias externas) requerir al tercero retenedor a efectos de que le proporcione toda la información relacionada con la existencia del derecho de crédito o del bien mueble determinado. Tratándose de derecho de crédito, además de solicitar información sobre su monto, deberá recabar información sobre la existencia de afectaciones gravámenes o cargas, naturaleza del depósito, tipo de cuenta, moneda, plazos, si fuera el caso. Tratándose de bienes muebles determinados, además de la información proporcionada por el acreedor ejecutante deberá recabarse los demás datos que permitan su adecuada identificación, para su posterior devolución o ejecución forzada.

El artículo 657º del código de procedimientos civiles, sobre la toma de dicho del retenedor, disponía que *"...se insertará en la diligencia la exposición que haga sobre la condición, monto o estado del crédito, cosa o pensión. Puede exigírsele en dicho acto la exhibición del último recibo."*

Refiriéndose al "dicho del retenedor" y comentando tal artículo, el - catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Toribio Alayza y Paz Soldán sostenía: *"el dicho es que dé explicaciones sobre el monto de la suma que debe percibir el ejecutado, los plazos de su pago, su origen y en una palabra todos*

los datos necesarios para saber el monto y duración del ingreso de que disfruta el ejecutado y los periodos en que percibe la renta si es adelantada o vencida"¹²⁸.

- **Sanciones para el retenedor:**

1. Pago del valor de los créditos o bienes al vencimiento de la obligación, si al ser intimado para efectuar la retención hubiera negado falsamente la existencia de créditos o bienes. Esta conducta del poseedor del crédito o bienes, en esencia importa un acto de entorpecimiento de la ejecución de las decisiones judiciales, una obstrucción al ejercicio de la función jurisdiccional y por consiguiente atenta contra los fines del proceso, por lo cual la responsabilidad que tal conducta genera es de naturaleza privada y pública.

La sanción pecuniaria que el Juez impone al tercero poseedor por resistirse a su mandato beneficia al ejecutante y es sanción porque la inicial obligación de retener se convierte en una obligación de pago que recae directamente en el tercero poseedor. Puede resumirse en la siguiente expresión: por haber negado falsamente la existencia del crédito o los bienes y por consiguiente haber frustrado la retención, ahora debes pagar el importe de la obligación o el valor del bien.

2. La conducta precedente, como lo indicamos genera doble consecuencia para el tercero poseedor del crédito o bienes: una es la consecuencia civil y privada que ya fue explicada, y otra es la responsabilidad de carácter penal. La conducta del tercero poseedor se encuentra tipificada como conducta punible: delito de violencia y resistencia a la autoridad previsto en el artículo 3650 del código penal.

- **Reiteración de la orden de retener**

La norma establece que *"Si el retenedor, incumpliendo la orden de retener paga directamente al afectado, será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del*

¹²⁸ Alayza y Paz Soldán, Toribio: "El procedimiento civil en el Perú" Tipografía Offset SESA TOR, Lima, Perú, 1982, p.202.

Juzgado. Contra esta decisión procede apelación sin efecto suspensivo."(art. 660º del CPC)

Lo primero que debemos precisar es que no se trata de efectuar nuevo pago a la orden del Juzgado como dice el texto, mucho menos de un doble pago como indica la sumilla del artículo subexamen: no es nuevo pago a la orden del Juzgado porque no hubo pago anterior o pago precedente a la orden del Juzgado, precisamente por el incumplimiento del poseedor(tercero retenedor), no hubo retención para el pago posterior al ejecutante. De otro lado y por similar razonamiento, no habiéndose producido el primer pago (retención a la orden del Juez para el posterior pago al ejecutante) deviene igualmente en impropio e inexacto hablar de doble pago.

De lo expuesto, cuando la norma dispone que el poseedor (retenedor) *"...será obligado a efectuar nuevo pago"*, podemos sostener que se trata únicamente de un nuevo emplazamiento al tercero poseedor del bien (dinero, o bien mueble determinado) para que cumpla con la orden de retención dispuesta, luego de cuya ejecución recién tendrá la condición de retenedor. No es el doble pago que sí estaba regulado en el artículo 622º del código de procedimientos civiles.

4.2.4. Embargo en forma de intervención

Concepto

En opinión de Jorge Peyrano se denomina intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el Juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes.¹²⁹

Esta modalidad de embargo tiene como finalidad recabar directamente los ingresos propios o información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica. De lo anterior se infiere que son dos las formas que

¹²⁹ Peyrano, Jorge: "Procedimiento civil y comercial" Edit. Juris, p.41.

adopta la intervención: intervención en recaudación e intervención en información; sin embargo, ello no significa que exista determinada prelación entre una y otra: puede demandarse una u otra indistintamente.

La intervención es una medida cautelar, que permite la injerencia del órgano de auxilio judicial en una estructura económica empresarial o comercial o en una institución, o persona jurídica (asociación, fundación, comité, etc.), con distintas finalidades y objetivos¹³⁰. La intervención presenta grados de intensidad respecto a sus consecuencias jurídicas; así, la intervención en información es de menor impacto y rigor que la intervención en recaudación.

Clases:

Intervención en recaudación

“Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella.

La disposición del párrafo anterior es aplicable, también, a las personas jurídicas sin fines de lucro.

La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al Juez.” (artículo 661º CPC)

El embargo se hace efectivo o se ejecuta con la recaudación directa de los ingresos de la afectada. El órgano de auxilio en este tipo de embargo, es el interventor recaudador. El Juez puede designar uno o más interventores recaudadores, en atención a la naturaleza o significación patrimonial de la entidad intervenida. El auto cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que remitirá al Juez.

- **Funciones del interventor recaudador:**

¹³⁰ Rivas Adolfo: “Las medidas cautelares en el proceso civil peruano” Editorial Rodas, Lima 2000, p.155.

α) Verificar el funcionamiento de la empresa, sin alterar, mucho menos interrumpir las actividades propias de su giro. Con este fin deberá proporcionar, de los fondos que recauda, lo necesario para el desenvolvimiento regular de la empresa.

β) Llevar el control de ingresos y de egresos con el fin de poner a disposición del Juez dentro de tercer día las cantidades recaudadas, consignándolas a su orden en el Banco de la Nación y deducidos que fueren los fondos necesarios para el desarrollo de la actividad regular de la intervenida. A pedido propio o de parte, puede el Juez modificar el plazo para consignar; y,

χ) Informar, en los plazos señalados por el Juzgado, el desarrollo regular de la intervención, esto es, el desarrollo normal de la empresa intervenida, los fondos recaudados y las cantidades proporcionadas para este propósito.

- **Eventualidades:**

Una medida cautelar de esta naturaleza genera resistencias notorias o encubiertas destinadas a hacerla fracasar. Empero, puede tratarse de hechos preexistentes a la ejecución de la medida, que igualmente tornarían en ineficaz o inútil la intervención ordenada. Ante estas circunstancias la ley impone al interventor recaudador el deber de informar inmediatamente al Juez, acerca de estos hechos perjudiciales o inconvenientes a los intereses del ejecutante.

Intervención improductiva

Es facultad del interesado solicitar al Juez la clausura del negocio y la conversión del embargo en forma de intervención a secuestro si considera que la intervención es improductiva. Esta petición deberá estar sustentada en los informes periódicos emitidos por el interventor recaudador, o en aquéllos informes especiales como los descritos en el punto precedente.

Esta petición requiere de audiencia de la parte contraria, razón por la cual se le corre traslado por el plazo de tres días. La resolución que expida el Juez es apelable con efecto suspensivo.

Intervención en información.

La única finalidad de esta forma de embargo consiste en recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica. Mediante esta intervención no se produce la afectación de ningún bien o derecho, simplemente se recaba información sobre la actividad económica de la empresa.

El auto cautelar además de la afectación deberá contener:

- a) El nombramiento de uno o más interventores informadores, atendiendo a la magnitud o importancia del negocio.
- b) El plazo durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado.
- c) Las fechas en que los interventores informadores informarán al Juez.

El artículo 665º del CPC se refiere al embargo en forma de intervención en información, en los siguientes términos: *“Cuando se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el Juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al Juez.”*

Ejecución:

La ejecución corre a cargo del Secretario interviniente. El acta debe ser redactada en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. En este acto el Secretario deberá informar al afectado la forma y alcance de la medida. Las facultades del interventor y la obligación de atender a sus requerimientos dentro de los límites establecidos por el Juzgado. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si el intervenido se rehusara a firmar, el secretario dejará constancia de tal actitud.

Responsabilidad civil y penal de los órganos de auxilio (artículo 668º del cpc)

La responsabilidad que establece la ley tienen como sujetos activos al interventor recaudador (por el dinero que recauda), al interventor informador (por la veracidad de la información que ofrezca) y al intervenido (por la actitud de resistencia, obstrucción o violencia para impedir o entorpecer la intervención)

Los ilícitos penales imputables respectivamente, son: delitos de apropiación ilícita (art. 190º CP), contra la función jurisdiccional y desobediencia o resistencia a la autoridad (art. 368º CP); en tanto que la responsabilidad civil se refiere a pretensiones indemnizatorias, obligación de dar suma de dinero y otras análogas.

Obligaciones del interventor informador (artículo 666º del cpc)

1. Informar por escrito al Juez, en las fechas señaladas por éste, respecto de las comprobaciones sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida; y

2. Dar cuenta inmediata al Juez sobre los hechos que considere perjudiciales al titular de la medida cautelar, o que obsten el ejercicio de la intervención.

Ejecución de la intervención (artículo 667º del cpc)

“El Secretario interviniente redactará el acta de embargo en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. Asimismo, le expresará la forma y alcances de la medida, las facultades del interventor y la obligación de atender a sus requerimientos dentro de los límites establecidos por el Juzgado. El acta incluirá un inventario de los bienes y archivos. Puede el intervenido dejar constancia de sus observaciones respecto de la medida. Si este se rehúsa firmar, el Secretario dejará constancia de su negativa.”

4.2.5. Embargo en forma de administración.

Dice la norma que "cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan."(art.669º CPC).

En esta modalidad de embargo la afectación se expresa en la recaudación de los frutos que producen los bienes fructíferos. Según la normatividad civil los frutos pueden ser naturales industriales y civiles¹³¹. ¿La recaudación puede referirse a todo tipo de fruto? Si tomamos en cuenta lo previsto en el último párrafo del artículo 892º del Código Civil: *“Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan”* debemos inferir que la afectación en administración es posible únicamente sobre los frutos civiles, o sea los frutos que el bien o bienes producen como consecuencia de una relación jurídica.

Ahora bien, si se dicta una medida de embargo para asegurar la eficacia de resolución final en la que el núcleo del petitorio tiene que ser una obligación

¹³¹ **Artículo 891.- Clases de frutos**

Los frutos son naturales, industriales y civiles. Son frutos naturales los que provienen del bien, sin intervención humana. Son frutos industriales los que produce el bien, por la intervención humana. Son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica.

Artículo 892.- Concepto de frutos industriales y civiles

Los frutos naturales, industriales y civiles pertenecen al propietario, productor y titular del derecho respectivamente, sin perjuicio de los derechos adquiridos.

Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan.

insatisfecha y a su vez el núcleo obligacional está constituido por una relación jurídica, entonces resulta indiscutible que el embargo en forma de administración solo recae sobre frutos civiles. Para el logro de este objetivo la empresa es sometida a intervención judicial y pasa a ser administrada por órganos de auxilio denominados en este caso administradores judiciales quienes en dicha condición asumen la representación y gestión de la empresa conforme a la ley de la materia.

Este instituto reviste características singulares. Es una medida cautelar de excepción por su especial naturaleza y la finalidad que persigue, a la que sólo debe recurrirse una vez descartadas todas las otras opciones, para conjurar el perjuicio potencial para la empresa intervenida

Advierte Ramiro Podetti que "Es necesario no incurrir en el error de confundir la administración que resulta de disposiciones del código civil -donde el administrador representa al dueño de los bienes administrados- con la administración judicial como medida precautoria donde el administrador es un auxiliar externo del juez que lo designó y a quien representa. "en la administración civil o comercial puede existir un contrato o una situación a él asimilable; en la administración civil o comercial puede existir un contrato o una situación a él asimilable; en la administración judicial de cautela existe una relación de derecho público, en la cual el Juez, mediante un custodio que él designa interfiere en la administración de bienes bajo tutela judicial."¹³²

No debe confundirse el embargo en forma de administración con el secuestro judicial, ni mucho menos la administración judicial de bienes tramitada como proceso no contencioso.

Conversión de la intervención en recaudación a embargo en forma de administración: (Artículo 670º CPC)

"A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el

¹³² Podetti Ramiro: Ob. Cit. p.245

veedor, si lo hubiera. En este caso, el administrador o administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Contra esta decisión procede apelación con efecto suspensivo.”

Obligaciones del administrador: (art. 671º CPC)

- 1. Gerenciar la empresa embargada en concordancia con su objeto social.*
- 2. Efectuar los gastos ordinarios y los de conservación.*
- 3. Cumplir con las obligaciones laborales que correspondan.*
- 4. Pagar tributos y demás obligaciones legales.*
- 5. Formular balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley.*
- 6. Proporcionar al Juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión.*
- 7. Poner a disposición del Juzgado las utilidades o frutos obtenidos;*
- 8. Otras obligaciones señaladas por este código y por la ley.*

Ejecución: (672º del CPC)

“El Secretario interviniente redactará el acta de conversión en presencia del afectado, notificándolo con el auto respectivo. Asimismo, le expresará la forma y alcances de la nueva medida, y pondrá al administrador en posesión del cargo. El acta incluirá un nuevo inventario de los bienes y archivos existentes al momento de la ejecución. Si el intervenido se niega a firmar, dejará constancia de su negativa. Al asumir el cargo el órgano de auxilio judicial, cesan automáticamente en sus funciones los órganos directivos y ejecutivos de la empresa intervenida.”

¿El embargo queda ejecutado cuando el secretario interviniente pone al administrador en posesión del cargo, o cuando se inscribe la designación de aquellos en los Registros Públicos?

El embargo queda ejecutado a partir del momento en que el órgano de auxilio, el administrador, asume el cargo; acto que determina a su vez el cese

automático en sus funciones de los órganos directivos y ejecutivos de la empresa intervenida. El órgano de auxilio partir de ese momento queda obligado a realizar los deberes y responsabilidades señaladas en el artículo 671º del CPC.

No puede sostenerse que la ejecución no ha culminado con el acto antes descrito. El hecho de que el artículo 770º del CPC señale que “...*el administrador o administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia*” no significa que la ejecución no haya concluido. La ley de la materia no es otra que la Ley 26887, Ley General de Sociedades, en cuyo artículo 14º (coincidente con la norma procesal) se señala que “*El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta surten efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes...*”; como puede apreciarse, no existe colisión alguna esta norma y la norma procesal.

El primer párrafo del artículo 14º de la Ley 26887, dispone que “Los actos antes mencionados o cualquier revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso y que estas inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad...”

Pues bien, tratándose de una decisión jurisdiccional, debe remitirse los partes correspondientes al Registrador de la Oficina Registral del domicilio de la intervenida, en los que se incluirá copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

Finalmente, Enrique Elías Laroza¹³³ subraya “que la obligación de inscribir no supone un requisito de eficacia del apoderamiento ni de su aceptación. El tercer párrafo del artículo 16 de la Ley permite que cualquier persona puede

¹³³ Elías Laroza, Enrique: Ley General de Sociedades comentada. Fascículo segundo. Editorial Normas Legales, p. 51.

ampararse en actos y acuerdos adoptados por la sociedad aún cuando tal inscripción no se haya producido.”

4.2. Según los alcances del embargo.

4.2.5. Embargo de accesorios, frutos y productos

La afectación dispuesta sobre determinado bien puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, empero, para su procedencia se requiere que de modo expreso se haya solicitado tal afectación y haya sido concedida por el órgano jurisdiccional. No bastan razonamientos inductivos o criterios de accesoriedad para sostener que la sola afectación del bien alcanza a los accesorios, frutos y productos (art.645° CPC).

Nuestra normatividad sustantiva establece como criterio de diferenciación entre frutos y productos, el carácter renovable o no renovable de los provechos que produce o se extrae de un bien. En el primer caso se trata de los frutos; en el segundo, de los productos.

4.2.6. Embargo de bienes sujetos al régimen de copropiedad

La norma es sumamente escueta al tratar esta situación jurídica, se limita a señalar que "Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto al régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado"(art. 646° CPC).

Empero, la realidad mucho más compleja presenta situaciones que el Estado en el desempeño de su función jurisdiccional debe atender y resolver. La norma se limita a señalar que "*la afectación sólo alcanza la cuota del obligado*" no precisa cual es la modalidad de embargo que puede ordenarse en el caso subexamen; daremos respuesta a esta interrogante al desarrollar las clases de embargo.

5. Inembargabilidad

La inembargabilidad es un estado de protección legal que el ordenamiento jurídico de cada país establece respecto a determinados bienes del deudor

limitando así el derecho de persecución de su acreedor. No obstante, está protección legal por lo general no es absoluta.

Las leyes y algunas disposiciones administrativas han limitado el principio de adscripción universal del deudor a la ejecución por razones humanitarias¹³⁴ de orden público o de interés general. La liberación o inembargabilidad por razones humanitarias era conocida en el Derecho Romano como *beneficium competentiae*. Sobre el particular, Raúl Martínez Botos acota que “no todos los bienes que integran el patrimonio están sujetos al poder de agresión de los acreedores, pues no cabe someter al deudor a extremos rayanos a llevarlo a la indigencia; lo cual es repugnante a elementales sentimientos humanitarios. Así se ha reconocido al deudor el derecho de preservar de toda injerencia de sus acreedores, aquellos bienes que le son necesarios para la subsistencia material y moral de sí mismo y de su familia y para llevar una vida digna mínimamente decorosa.”¹³⁵

5.2. Bienes inembargables.

Los fundamentos antes expuestos son los que sustentan el régimen de inembargabilidad de los bienes señalado por el artículo 648º del CPC. Estos son los siguientes:

5.2.1. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 492 del Código Civil.

El patrimonio familiar es una institución de amparo familiar regulado en el Capítulo Segundo, Título I, Sección Cuarta, Libro III del Código Civil; fue introducido con este nombre en la Constitución de 1979, y consiste en la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia, o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento, esta es la idea central contenida en el artículo 489 del Código Civil.

¹³⁴ En el Derecho Romano, específicamente en el proceso formulario, *el beneficium competentiae* consistía en una *condemnatio* según las posibilidades del deudor. Pero si hubiese vendido bienes con objeto de defraudar a los acreedores, el pretor tenía la venta por no realizada, concediendo un *interdictum fraudatorium*, destinado a la recuperación de la posesión de los bienes vendidos.

¹³⁵ Martínez Botos, Raúl: “Medidas Cautelares”, p. 286.

El artículo 488° del Código Civil dispone que el patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia. Los bienes que pueden ser objeto del patrimonio familiar son: La casa habitación de la familia; un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio; el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios (art. 489° CC).

La inembargabilidad es un privilegio cuyo fundamento consiste en garantizar el núcleo doméstico contra el riesgo del desamparo de quedar privado de lo más elemental de sus medios de subsistencia. Un techo bajo el cual guarecerse, una fuente de recursos de la cual subsistir¹³⁶

Es verdad, los bienes constituidos en patrimonio familiar son inembargables, empero, los frutos de estos, sean naturales, industriales o civiles, gozan de protección relativa puesto que son pasibles de embargo en aquella proporción que excede a las dos terceras partes (artículo 492° CC) y sólo para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias.¹³⁷

5.2.2. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia.

Se busca garantizar el desenvolvimiento normal de la actividad del ejecutado y el de su familia; debe entenderse que la inembargabilidad es de aquellas prendas no sólo de estricto uso personal, sino además de uso ordinario o frecuente; luego, no gozan de esta protección las prendas que no sean de uso ordinario como un abrigo de pieles¹³⁸, una sortija de elevado valor económico, etc.

¹³⁶ Cornejo Chávez, Héctor: Derecho Familiar Peruano. T.II. Ediciones Studium. P.285.

¹³⁷ Artículo 494.- Para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución.

¹³⁸ Este y los otros ejemplos fueron tomados del libro “El embargo” del profesor Manuel Cachón Cadenas.

El propósito es evitar que se ponga en riesgo la vida del ejecutado y de sus parientes integrantes de la unidad familiar al quedar privados de los medios indispensables para su subsistencia. Por tal razón gozan de esta protección los muebles, enseres y otros objetos necesarios e indispensables para la subsistencia de quienes integran la unidad familiar del ejecutado, siempre que sean de uso ordinario desde un punto de vista social.

Los bienes indispensables para la subsistencia del obligado y sus parientes—explica Roland Arazi amparándose en la jurisprudencia de su país—son inembargables cuando tienen el carácter de únicos. Vale decir, que habiendo más de uno, los otros no resultan indispensables y por consiguiente pasan a ser embargables.¹³⁹

No obstante, estos bienes pueden ser embargados cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos.

5.2.3. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado.

La protección no alcanza a las personas jurídicas sólo es aplicable a personas físicas o naturales: una persona jurídica no desempeña una profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje. Estos bienes son de naturaleza mobiliaria. Es indiferente que el ejecutado se dedique a la producción de bienes o a la prestación de servicios; tampoco que su actividad sea manual o intelectual.

De otro lado, esta protección sólo alcanza obligado y no a sus parientes pues la norma alude exclusivamente a todo tipo de bien mueble que el obligado utiliza “para el ejercicio de su profesión oficio, enseñanza o aprendizaje...” No ingresan en este rubro los inmuebles utilizados por el obligado para el fin enunciado.

¹³⁹ Roland Arazi: “Medidas cautelares” Editorial Astrea Buenos Aires 1997.

Como en el caso anterior, estos bienes pueden ser embargados, o afectados en general, cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos.

5.2.4. Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Es deber del Estado velar por el desenvolvimiento de la actividad pública y garantizar la seguridad de la nación, por consiguiente, las insignias condecorativas, uniformes de funcionarios y servidores del Estado, las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional son inembargables en forma absoluta.

5.2.5. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trate de garantizar obligaciones alimenticias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.

La Unidad de Referencia Procesal es un parámetro para la determinación de la competencia de los jueces, en aquellas pretensiones estimables patrimonialmente. Del mismo modo, permite establecer los montos para la fijación de cuantías, tasas, aranceles y multas entre otras situaciones jurídico-procesal como en el presente caso¹⁴⁰.

¹⁴⁰ El artículo 4º de la Ley N° 26846, concordante con la R.ADM N° 182-2004-CE-PJ (Directiva) dispuso se modifique “la Primera Disposición Complementaria Única del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los siguientes términos:”Primera.- Para los efectos de fijación de cuantías, tasas, aranceles y multas previstas en esta Ley o las establecidas en la legislación procesal especial, se aplica la Unidad de Referencia Procesal (URP). Toda alusión en la norma procesal a la Remuneración Mínima Vital, se entenderá efectuada a la Unidad de Referencia Procesal. Corresponde al órgano de gobierno y gestión del Poder Judicial, fijar al inicio de cada año judicial, el monto de la Unidad de Referencia Procesal.

La Unidad de Referencia Procesal es equivalente a la décima parte de una unidad impositiva tributaria que anualmente es fijada por el Poder Ejecutivo. En el año 2010 la UIT ha sido fijada en S/ 3,600.00 por lo que la URP es de S/360.00

En el caso que examinamos, si la remuneración o la pensión no excede de 5 URP es decir, de S/1,650.00, esta no es embargable, salvo que se trate de garantizar obligaciones alimenticias, caso en que es posible el embargo hasta el 60% del total, con la deducción de los descuentos de ley.

5.2.6. Las pensiones alimenticias.

La inembargabilidad de las pensiones alimenticias es absoluta. La norma no hace ninguna diferencia respecto a los mecanismos de constitución o nacimiento de la pensión. Si la pensión ha sido fijada extrajudicialmente o fue fijada por sentencia es indiferente para estos efectos: la protección es genérica y plena. Las razones están relacionadas con el derecho a la subsistencia del beneficiario alimentista.

5.2.7. Los bienes muebles de los templos religiosos.

Conviene precisar que se trata de bienes muebles de templos religiosos en general y no sólo de templos religiosos católicos. Cabe recordar que en nuestro país existe libertad de religión en forma individual o asociada; el ejercicio público de las confesiones es libre siempre que no se ofenda la moral ni altere el orden público. Sin embargo sobre la inembargabilidad de los bienes muebles de templos religiosos consideramos que tal protección está dirigida a aquellos bienes que, de modo directo, están destinados a preservar la celebración del culto religioso.

5.2.8. Los sepulcros.

El Diccionario de Lengua Española contiene tres acepciones sobre el vocablo sepulcro: 1º *“Obra por lo común de piedra que se construye levantada del suelo para dar en ella sepultura al cadáver de una o más personas. 2º Urna o andas cerradas con una imagen de Jesucristo difunto. 3º Hueco del ara donde se depositan las reliquias y que después se cubre y sella”*.

El criterio de inembargabilidad está referido al respeto que debe guardarse a la memoria de los muertos, por consiguiente, el recinto mortuario debe merecer la misma consideración.

Requiere un estudio mayor el conjunto de actividades comerciales empresariales en torno a la muerte, denominados por ello servicios mortuarios o servicios funerarios.

La ley 26298 (ley de cementerios y servicios generales) regula todo lo concerniente las relaciones de carácter real y contractual sobre cementerios y servicios funerarios al establecer que las personas jurídicas pública y privadas, nacionales y extranjeras están facultadas para construir, habilitar, conservar y administrar cementerios y locales funerarios y prestar servicios funerarios en general.

5.3. Clases de inembargabilidad

La inembargabilidad adopta dos manifestaciones específicas que con mayor precisión vienen a ser los grados que esta protección alcanza.

5.3.1. *Inembargabilidad absoluta.*

Es la que otorga protección plena a los bienes sometidos a este régimen; no pueden ser afectados bajo ninguna circunstancia. Dentro de los bienes inembargables regulados en el artículo 648º del CPC 2 se encuentran en este régimen:

- Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; Las pensiones alimentarias;
- Los bienes muebles de los templos religiosos; y,
- Los sepulcros.

5.3.2. *Inembargabilidad relativa*

Presenta una protección parcial puesto que la inembargabilidad de los bienes sometidos a este régimen sólo alcanza hasta determinado monto o ante la verificación de determinadas circunstancias.

La inembargabilidad relativa-que no equivale a inembargabilidad parcial-supone que si bien es embargable el objeto patrimonial en su totalidad, dicho embargo sólo podrá decretarse cuando se den determinados supuestos. El problema radica en llevar a cabo una delimitación exacta de esos determinados supuestos para que el bien resulte embargable.

Entre estos bienes están los siguientes:

- Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia.
- Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil.
- Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargado procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley;

Los bienes comprendidos en los dos primeros casos, formalmente gozan de inembargabilidad absoluta y estarían dentro de este régimen si el importe de los mismos estuviera íntegramente cancelado. En caso contrario, quedan incluidos en el régimen de inembargabilidad relativa y pueden ser embargados para garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos.

SUB-CAPÍTULO 2

EL SECUESTRO

Sumario: 1. Aspectos preliminares y antecedentes. 2. Concepto. 3. Clases.

1. Aspectos preliminares y antecedentes

Secuestro deriva del latín *sequestrum* que significa *acción y efecto de secuestrar*; de las cinco acepciones que contiene, la tercera, referida al Derecho, atribuye a *secuestro* el siguiente significado: "Depósito judicial por embargo de bienes o como medida de aseguramiento en cuanto a los litigiosos."¹⁴¹

El secuestro convencional o judicial fue conocido por el Derecho Romano como procedimiento para preparar la *rei vindictio*. En el secuestro el custodio no era considerado como un mero detentador sino como un titular por el concepto de la *possessio ad interdicta*¹⁴².

El secuestro en el Derecho Romano constituía propiamente una modalidad de depósito, podía ser voluntario o judicial. El primero conocido posteriormente como secuestro convencional es el que después las legislaciones regidas por la tradición románica legislaron como una modalidad contractual; en nuestra legislación civil aún se mantiene como una especie de contrato de prestación de servicios. El secuestro judicial consistía en el depósito de una cosa en poder de un tercero, llamado secuestratario, respecto de la cual se había promovido un proceso. El bien se encargaba al tercero con el deber de conservarlo y devolverlo a quien obtuviese decisión favorable.

¹⁴¹ 22ª edición, 2001 editado por la Real Academia Española.

¹⁴² "Posesión que goza de la protección interdictal conferida por el pretor como situación de hecho y en la que se da la existencia en el sujeto que posee el *ánimus domini* o intención de poseer la cosa como dueño o la intención de poseerla para sí, *ánimus rem sibi habendi*. Tal posesión, tienen el propietario, el acreedor pignoraticio, el precarista, el enfiteuta, el secuestratario, el superficiario y quien se haya apoderado efectivamente de una cosa, aunque sea ladrón".(tomado de www.bibliojuridica.org)

El secuestro conservativo no fue conocido con tal denominación; su antecedente más remoto es la *legis actio per pignoris capionem* (acción por toma de prenda).

El Código de las Siete Partidas, redactado en el siglo XIII durante el reinado de Alfonso X, el sabio, cuya labor legislatora estuvo indisolublemente ligada a la introducción del Derecho Romano en Castilla y León, reguló el secuestro en la Tercera Partida, Título IX, Ley I.¹⁴³ Son seis las situaciones previstas en las que los bienes deben ser puestos bajo control de un custodio, produciéndose el desapoderamiento respecto de su tenedor (“Seys razones señaladas son, e non mas, por que la cosa sobre que nasce contienda entre el demandador, e el demandado, deue ser puesta en fieldad, a que dizen en latin sequestratio.): La primera se refiere al secuestro convencional o contractual (E estonce aquel en cuya mano pusieren la cosa en fieldad, deuela guardar, e dar , en la manera en que le fue comendada.) . La segunda y tercera situaciones se producen ya en un escenario procesal, y cuando la contienda versa sobre el bien objeto de secuestro; corresponden por tanto al secuestro judicial (La segunda es, quando la cosa sobre que es la contienda, es mueble, e el demandado es persona sospechosa, e temense del que la trasporna, o la empeorara, o la malmetera. La tercera es, quando fuese contienda sobre alguna cosa en juicio, e dicen sentencia definitiva contra aquel que la tiene, e se alcasse della. Ca luego deue ser desapoderado de aquella cosa, si fuere ome de quien ayan sospecha, que la malmetera, o desgastara los frutos della. E el Judgador deuela meter en mano de fiel, que la guarde, e recabde los frutos, e las rentas della, fasta que el Judgador del alzada haya librado el pleyto, e mande por juicio, a quien deue, ser entregaqda aquella con sus frutos). Las tres situaciones restantes si bien presentan desapoderamiento de determinado bien o bienes respecto de su tenedor, se refieren a supuestos fácticos que no corresponden al secuestro, sino a pretensiones propias del derecho real.

¹⁴³ Las siete partidas del sabio rey Don Alonso el IX, glosadas por el lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M. Tomo II, que contiene la 3ª, 4ª, y 5ª, partida., Madrid, 1829, en la Oficina de D. León Amarita con especial permiso de S.M. , bajo del examen y aprobación de la Inspección General de Instrucción Pública. pp. 132, 133, 134.

En nuestra legislación nacional, el código de procedimientos civiles de 1912, el secuestro judicial y el secuestro conservativo, se encuentran regulados bajo la denominación de embargo preventivo. El secuestro judicial, encuentra equivalencia en el tenor del artículo 234º: “En los juicios sobre propiedad, puede embargarse preventivamente la cosa que es materia del pleito, si de los documentos presentados resulta acreditado verosímilmente el derecho alegado y hubiere motivo fundado para temer la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa”. En la exposición de motivos se señala que procede “el embargo de la misma cosa demandada en los juicios sobre propiedad, para hacer efectivo el secuestro cuando sea necesario ponerla a cubierto de actos que harían ilusoria la sentencia que se expida.” El secuestro conservativo también con el nombre de embargo preventivo puede identificarse con la regulación contenida en el artículo 226º del mencionado código; en el que se establece que “El embargo preventivo procede, ya se trate de asegurar el pago de una deuda o el cumplimiento de cualquiera otra obligación apreciable en dinero; debiendo el acreedor fijar la cantidad en que estima la obligación y los bienes en que ha de recaer el embargo.”

2. Concepto

El secuestro es una medida cautelar específica que tiene finalidad asegurativa y cuya manifestación inmediata consiste en el desapoderamiento del bien respecto del obligado. La finalidad asegurativa se manifiesta, por un lado, en la preservación de un bien determinado cuya propiedad o posesión discuten las partes en un proceso cognitorio; y por el otro, tal finalidad se concreta en el aseguramiento o garantía del cobro de determinada acreencia, reclamada en un proceso de ejecución, sólo en este supuesto el secuestro es una medida para futura ejecución forzada.

Ugo Rocco considera que el secuestro “es una orden o una inyunción con que el órgano jurisdiccional competente, a solicitud de un sujeto interesado, le quita la disponibilidad de un bien, mueble o inmueble, o de una universalidad de bienes, o de una hacienda a otro sujeto que los detenta, o de una cosa que constituya una prueba real preconstituida, proveyendo a la custodia de ellos, en

forma que quede inmodificada la situación de hecho y de derecho, evitando el peligro de que por hechos naturales o voluntarios sean suprimidos, eliminados o restringidos los intereses de derecho sustancial o procesal que se siguen de la tal situación de hecho o jurídica” ¹⁴⁴

Por su parte, Lino Enrique Palacio sostiene que “En sentido estricto, denomínase secuestro a la medida cautelar en cuya virtud se desapodera a una persona de un bien sobre el cual se litiga o se ha de litigar o de un documento necesario para deducir una pretensión procesal cita como ejemplo del primer supuesto el depósito de la cosa mueble que ha de pedirse mediante una pretensión real(...) y cuya admisibilidad está condicionada a que hubiere motivos para tener que se pierda o deteriore en manos del poseedor; cita como ejemplo del segundo supuesto el secuestro de un documento cuando no emplazado no cumpliera con la exhibición ordenada.” ¹⁴⁵

Explica Silvia Marré, siguiendo a Podetti, que dentro del ámbito del proceso y en un sentido amplio, secuestro es el apoderamiento físico de cosas en virtud de una orden judicial para su depósito transitorio o custodia ¹⁴⁶. Más estrictamente debe considerarse que secuestro es la medida judicial decretada con la finalidad de aprehensión jurisdiccional de una cosa litigiosa o embargada sobre la cual pesa una carga, deber u obligación procesal de presentación al pleito ¹⁴⁷.

3. Clases

La tipificación y diversificación del secuestro como medida cautelar, en judicial y conservativo, provienen de la recepción legislativa a partir de los aportes del procesalismo italiano. A su vez, la distinción entre una y otra forma de secuestro-explica Uggo Rocco- fue introducida en la terminología jurídica italiana siguiendo y obedeciendo la influencia del derecho francés ¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Rocco, Ugo: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977. p.152

¹⁴⁵ Palacio Lino Enrique: Manual de Derecho Procesal Civil. Decimoctava edición actualizada. Edit. Lexis Noxis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 786-787.

¹⁴⁶ Marré Silvia: “Medidas Cautelares” Editorial Astrea Buenos Aires, 1997, p.142.

¹⁴⁷ Marre Silvia: Ob. Cit. p. 142l

¹⁴⁸ Rocco Ugo: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. Editorial Depalma Buenos Aires 1977, p.152.

3.1. El secuestro judicial.

Como ya lo adelantamos el secuestro judicial en Derecho Romano estaba considerada como una modalidad de depósito. El profesor sanmarquino Carlos Rodríguez Pastor (+) informa que en el derecho romano se llamaba secuestro al depósito en poder de un tercero, de una cosa respecto de la cual se había promovido un litigio entre dos o más personas, con el encargo de conservarla y devolverla a quien obtuviese decisión favorable¹⁴⁹ o según las condiciones previamente establecidas por las partes. Este era de dos clases: voluntario y judicial. Funcionaba no sólo respecto los muebles, sino también de los inmuebles y de las personas. El secuestratario tenía protección a través de interdictos. Para obtener la restitución de la cosa del secuestratario existía la *actio depositi sequestrataria*.

El secuestro judicial como es evidente tiene *carácter asegurativo* conservativo porque está destinado a la custodia y cuidado de un bien, en tanto se dilucide en el proceso cautelado o principal el conflicto de intereses respecto a la propiedad o posesión sobre el bien. Francesco Carnelutti grafica esta situación del modo siguiente: "Cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esa superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro; el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida a los medios para sostener el proceso. Para asegurar la igualdad entre las partes, puede resultar conveniente que la cosa no sea poseída por ninguno de los dos"¹⁵⁰ he ahí la trascendencia y finalidad del secuestro judicial.

El legislador nacional ha optado por mantenerse dentro de esta concepción, tal como consta en la primera parte del artículo 643° del CPC: "*Cuando el proceso*

¹⁴⁹ Rodríguez Pastor, Carlos: Prontuario de Derecho Romano. Segunda Edición. Fundación M.J. Bustamante De La Fuente, Lima Perú. P.182.

¹⁵⁰ Carnelutti, Francesco: Sistema de Derecho Procesal. UTEHA Argentina, 1944. T.I. pp.249, 250.

principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez". Como puede presumirse este escenario procesal es el correlato de una opción contractual infructuosa. Ciertamente, si las partes no pudieron celebrar secuestro convencional o contractual¹⁵¹, quien se considere con mejor derecho sobre la propiedad o posesión sobre el bien trasladará el conflicto al órgano jurisdiccional para que sea éste quien lo dilucide en un proceso cognitorio.

Mientras tanto, sobre el bien objeto de disputa, el Juez, a pedido de parte, dispone la desposesión respecto de su tenedor y la entrega a un custodio con fines de aseguramiento para garantizar su intangibilidad y evitar su menoscabo. El secuestro obtenido de este modo, como medida cautelar es subsidiario del contrato de secuestro que no pudo celebrarse; es el secuestro constituido por decisión judicial; de allí el nombre.

Si el interés sustancial-explica Ugo Rocco- atañe a derechos que se traducen en poderes de una persona sobre una cosa (derechos reales), se puede dar lugar al secuestro judicial de los bienes muebles o inmuebles, de las haciendas u otras universalidades de bienes sobre los cuales recae el derecho real, cuando haya controversia sobre este derecho.¹⁵²

Enrico Redenti de modo conciso explica que el secuestro judicial *"tiende a impedir la sustracción o alteración de bienes individualmente determinados, cuya propiedad o posesión se controvierte o de bienes comunes en espera de división"*¹⁵³,

Finalmente, debemos acotar que el secuestro judicial, en atención a su finalidad está ligado exclusivamente a los procesos de cognición; único escenario

¹⁵¹ En el Perú el secuestro convencional o contractual estuvo legislado por el Código Civil de 1852, en forma escueta, sin tener por lo demás mayor uso social, por tal razón no fue regulado en el Código Civil de 1936, sin embargo, en el Código Civil de 1984 fue nuevamente resucitado, para tenerlo como un símbolo de arqueología legislativa.

¹⁵² Rocco, Ugo: Ob. Cit. p.p. 154-155.

¹⁵³ Redenti, Enrico: "Derecho Procesal Civil" 1.1. EJEBA Buenos Aires, 1957, p.106

procesal en el que se resuelve la concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien.

3.2. El secuestro conservativo.

"Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, y con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio..."(2a parte del artículo 643 del CPC).

3.2.1. Primeras noticias

El antecedente histórico del secuestro conservativo lo encontramos en el derecho romano en la denominada *legis actio per pignoris capionem* por la cual ciertos acreedores podían tomar en prenda bienes de sus deudores, sin intervención de la autoridad y hasta en ausencia del contrario¹⁵⁴; el acreedor tenía derecho a vender la prenda no rescatada y hacerse cobro de su crédito. Emilio Betti considera que el origen histórico del secuestro conservativo debe buscarse en la figura de la pignoración privada del antiguo Derecho germánico (el acreedor insatisfecho tomaba en prenda, por propia autoridad, los bienes del deudor) elaborada después por el Derecho Común. Posteriormente se llega a exigir que la toma de prenda ejecutada por el acreedor sea aprobada por la autoridad judicial, ya en su fase más evolucionada se instituye la autorización previa de la autoridad judicial, que por otra parte no suponía declaración de derechos a favor del acreedor¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Ihering, R.V: El Espíritu del Derecho Romano, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1997, p.70

¹⁵⁵ Betti, Emilio: Teoría general de las obligaciones. Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 436.

3.2.2. Concepto

Es una medida cautelar para futura ejecución forzada patrimonial que el juez ordena con la finalidad de asegurar el cobro del crédito del titular de la medida. Asegura el pago dispuesto en mandato ejecutivo. Es la especie de secuestro para futura ejecución forzada patrimonial y por tal razón puede recaer en cualquier bien del deudor. No se discute la propiedad ni la posesión del bien; no obstante, este tipo de secuestro es el que conduce a la expropiación jurisdiccional mediante la ejecución forzada.

Giuseppe Chiovenda explica que el secuestro de conservación tiene por finalidad conservar aquellas garantías de créditos que pueden más fácilmente desaparecer, como los muebles (...) y las cantidades debidas al deudor por un deudor suyo. Informa seguidamente que las leyes italianas medievales admitían también el arresto personal del deudor sospechoso de huida (especialmente con relación a extranjeros), institución conservada en algunas leyes modernas (por ejemplo, la alemana y la austriaca)¹⁵⁶.

Por su parte, Piero Calamandrei ratifica los conceptos expuestos por su maestro, al considerar, siempre bajo el carácter de instrumentalidad hipotética de las medidas cautelares, que el secuestro (conservativo) no agota en sí mismo los fines de la justicia, sino que fundándose anticipadamente sobre la hipótesis de que la futura declaración de certeza puede resultar favorable al acreedor, se emplea inmediatamente, como instrumento provisorio de las otras providencias jurisdiccionales que deberán seguir, a fin de conservar las condiciones de hecho idóneas para hacer que la condena del deudor, si llega a pronunciarse en el modo previsto, pueda ser fructuosamente ejecutada sobre los bienes secuestrados.¹⁵⁷

En similares términos, Ugo Rocco explica que si el interés sustancial atañe a derechos que consisten en poderes de una persona a pretender de otra una

¹⁵⁶ Chiovenda Giuseppe: "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Vol. 1. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1948, p.283

¹⁵⁷ Calamandrei, Piero: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial DEPALMA, Buenos Aires 1943, pp.78-79.

prestación (derechos de obligación y en particular derechos de crédito), procede el secuestro conservativo de los bienes muebles o inmuebles que forman parte del patrimonio del deudor, o de las sumas o de las cosas a él debidas que en virtud del principio de la responsabilidad patrimonial y de la sanción general establecida para el cumplimiento de las obligaciones, puesto que aquellos bienes constituyen la garantía del cumplimiento.¹⁵⁸

Para Enrico Redenti "El secuestro conservativo es una providencia con que se tiende a impedir a un deudor o de quien se afirma que lo es, que derroche o sustraiga en daño del acreedor(o que se afirma serio) los bienes que pudieran en hipótesis ser objeto de ejecución por expropiación y que constituyen en este sentido las garantías genéricas del crédito."

Refiriéndose a los elementos subjetivos de la relación cautelar en el secuestro conservativo, Emilio Betti dice que la legitimación activa para solicitar el secuestro conservativo está dada por la titularidad del derecho obligacional, es decir, del crédito que se presume en peligro (*periculum in mora*), mientras que la legitimación pasiva deriva de la condición de deudor. *La causa petendi* en este caso consiste en la invocación de aquella relación obligacional ejecutiva que se debe justificar a través de la verosimilitud del derecho invocado (*fumus boni iuris*). *El petitum* es la medida de aseguramiento: el secuestro conservativo que debe servir precisamente para poner fin a aquel estado de peligro de la garantía patrimonial¹⁵⁹.

3.3. Semejanzas y diferencias entre el secuestro judicial y el conservativo.

El secuestro como toda medida cautelar es dictada por el Juez en un proceso determinado, a pedido de parte, por consiguiente, todo secuestro es judicial, luego deviene en redundante e inexacto, asignar sólo a una de sus manifestaciones el atributo de *judicial*. De otro lado, el carácter conservativo atribuido a una de sus manifestaciones, también es inexacto puesto que ambas

¹⁵⁸ Rocco, Ugo: Ob. Cit. pp. 154-155.

¹⁵⁹ Betti, Emilio: ob. cit. p.p.442-443.

modalidades están impregnadas de tal atributo. En conclusión: toda medida cautelar de secuestro es conservativa y judicial simultáneamente. Sobre el particular, ya en el siglo pasado Ugo Rocco zanjó este tema al explicar que con relación a las modalidades de secuestro, no hay diversidad de la función ya que las diferentes figuras de secuestro tienen todas la función de sustraer la disponibilidad de los bienes, proveyendo a la custodia de ellos; no hay diversidad de finalidad, por cuanto todas ellas tienen el fin de evitar y eliminar un peligro; no hay diversidad de medios o modalidades para conseguir las providencias respectivas, ya que todas las medidas cautelares son solicitadas y emitidas en un proceso¹⁶⁰.

Otros autores aun cuando admiten una identidad en la función y los medios con que actúan no admiten una identidad en cuanto al fin. Informa Ugo Rocco que la antigua doctrina italiana, bajo el imperio del código de 1865 se había pronunciado a favor de una diversidad sustancial entre los dos institutos, sosteniendo, en efecto la diversidad del fin entre uno y otro ya que el secuestro conservativo tiende a garantizar al acreedor contra el peligro de que no se le pague la deuda, y el secuestro judicial únicamente a asegurar la integridad de la cosa secuestrada; Lessona fue el principal defensor de esta posición quien no dudaba en afirmar que *se trata de dos institutos diferentes que tienen cada uno su propia fisonomía y su propia finalidad*.

El secuestro en sus modalidades: judicial y conservativo, tiene función asegurativa y finalidad conservativa simultáneamente, ésta es la finalidad inmediata, predominantemente procesal: tanto el secuestro judicial como el conservativo tienen la función de sustraer la disponibilidad de los bienes de su tenedor que no es sino el acto de desapoderamiento físico de bienes en virtud de una orden judicial, para su depósito transitorio o custodia a cargo de un órgano de auxilio (el custodio) y de este modo evitar y eliminar un peligro a causa de hechos naturales o voluntarios.

¹⁶⁰ Rocco, Ugo: Ob, cit. pp.153.

En uno y otro caso, el aseguramiento y conservación del bien o bienes secuestrados se disponen para evitar su pérdida, ocultamiento, uso, manipulación, deterioro o menoscabo en perjuicio del actor; mas esto no agota ni satisface, en modo alguno, la pretensión principal del actor, no constituye una finalidad en sí misma. Además de esta identidad funcional inmediata entre el secuestro judicial y el secuestro conservativo, cada uno de ellos tiene una finalidad mediata, distinta, relacionada con la pretensión principal a la que cautelan, con más propiedad debería decirse que cada uno tiene un interés tutelado diferente. En el secuestro judicial esta finalidad o interés consiste en garantizar que la pretensión principal sobre el mejor derecho de propiedad o posesión, logre protección jurisdiccional efectiva; en el secuestro conservativo consiste en garantizar el cobro de determinada acreencia, reclamada en un proceso único de ejecución.

Otra diferencia entre el secuestro judicial y el secuestro conservativo debe encontrarse en la determinación del bien cuya disponibilidad se le quita al titular, para lograr el fin de la conservación. Mientras en el secuestro judicial el bien sobre el cual recae la medida cautelar está constituida por el mismo objeto sobre el cual el demandado ejerce poder como detentador o poseedor, es decir, el bien está previamente determinado. En el secuestro conservativo la medida cautelar podrá recaer sobre un solo bien, o varios bienes, o todos los bienes del deudor que integren su patrimonio y que se individualizarán más adelante, en el mismo acto de la ejecución de la medida, son bienes, por lo general, inicialmente indeterminados.

Como quedó dicho precedentemente, las dos modalidades reguladas por el código procesal civil se diferencian entre sí por su finalidad última o mediata: en el secuestro judicial la medida se dispone para garantizar la intangibilidad y menoscabo del bien en tanto se dilucide, en proceso de cognición, el mejor derecho de propiedad o posesión sobre el referido bien. En el secuestro conservativo la medida se dispone para asegurar el pago de una obligación, dispuesto mediante mandato ejecutivo.

Al secuestro se aplican las disposiciones referidas al embargo en cuanto sean compatibles con su naturaleza, luego puede ordenarse el secuestro sobre los bienes del ejecutado aunque estos se encuentren en posesión de tercero, con las reservas del caso (parte final del artículo 643 concordante con el 642 del CPC).

La norma establece que “Cuando la medida tiende a asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio” (art. 643º del CPC). Se infiere que el secuestro conservativo puede dictarse únicamente después que se haya expedido mandato ejecutivo, que en esta circunstancia representa la condición o presupuesto para el dictado de aquella medida cautelar. Resulta sumamente cuestionable la restricción del secuestro conservativo al aseguramiento del pago dispuesto en mandato ejecutivo por dos razones: 1ª) No existe sustento válido que limite o condicione esta opción cautelar al dictado del mandato ejecutivo porque la pretensión sobre obligación de dar suma de dinero no es exclusiva del proceso ejecutivo, puede ser reclamada en proceso de cognición aun cuando estuviera contenida en títulos ejecutivos según el artículo 18.2 de la Ley de Títulos Valores, mas ello en modo alguno elimina la necesidad de contar con una opción cautelar firme y eficaz como lo es el secuestro conservativo.

Sin embargo, por excepción, puede accederse al secuestro de bienes de modo subsidiario, sin requerirse mandato ejecutivo, cuando la medida cautelar solicitada como primera opción es una de embargo en forma de depósito y sólo en este caso. La norma establece que *"Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos..."*(primera parte del artículo 649 CPC).

4. Secuestro sobre bienes específicos

4.1. Secuestro de vehículos (art.647° cpc)

"El vehículo sometido a secuestro será internado en almacén de propiedad o conducido por el propio custodio, accesible al afectado o veedor, si lo hay. El vehículo no podrá ser retirado sin orden escrita del juez de la medida. Mientras esté vigente el secuestro, no se levantará la orden de captura o de inmovilización."

Debe entenderse como primera alternativa que el designado como custodio es el propietario de un almacén. El demandante de la medida de secuestro debe ofrecer como custodio a una persona que sea propietaria de almacén o que sea conductor de un local que preste servicios de almacenaje o pueda actuar como almacén.

Otra condición que establece la norma es que dicho local presente accesibilidad tanto para el afectado como para el veedor en el caso que fuere designado.

Está terminantemente prohibido que el custodio o el ejecutante retiren el vehículo del lugar de almacenaje para su uso personal como sucede con mucha frecuencia; esta práctica es ilegal, su comisión genera responsabilidad civil y penal para el autor. El retiro del vehículo del lugar de almacenaje sólo puede ser ordenado por el juez.

La orden de captura e inmovilización dispuesta para ejecutar el secuestro, mantiene su vigencia mientras está vigente el secuestro.

4.2. Secuestro de bienes informáticos (art.647-A cpc)

"En caso de que se dicte secuestro conservativo o embargo, sobre soportes magnéticos, ópticos o similares, el afectado con la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en ellos."

Comentario

La informática¹⁶¹ ha ingresado a todas las actividades humanas, el uso masivo de las computadoras, es la expresión tangible de tal realidad. Las repercusiones de la revolución informática ha generado nuevos enfoques, replanteamientos doctrinarios en todos los campos del conocimiento humano; el derecho no podía ser ajeno a esta nueva revolución tecnológica.

El Derecho Informático o Derecho de la Informática es una rama de las ciencias jurídicas que tiene como objeto de estudio al conjunto de leyes, normas y principios aplicables a los hechos y actos derivados de la informática. En tanto que la informática jurídica es la aplicación de la informática al Derecho permitiendo que exista una base de datos computarizada, se automatice la gestión de un estudio jurídico, un despacho judicial, una notaría etc. y se sistematice el conocimiento jurídico a través de la inteligencia artificial.

Por la naturaleza y finalidad de este trabajo, nos interesa limitarnos a precisar determinados conceptos que nos permita tener claridad los bienes informáticos objeto de secuestro o embargo.

A nivel operacional la computadora puede ser definida como la máquina automatizada de propósito general, integrada por elementos de entrada, procesador central, dispositivo de almacenamiento y elementos de salida. Puede también decirse que la computadora u ordenador es un dispositivo electrónico digital de programa almacenado capaz de memorizar, elaborar, o recuperar información o datos.

Los elementos fundamentales a nivel operacional de toda computadora que forman parte del equipo físico o hardware, son los siguientes:

- a) Elementos de entrada.- Estos dispositivos se encargan de introducir información (datos programas e instrucciones) a la computadora, a través

¹⁶¹ En esta parte hemos consultado los textos de: Julio Téllez Valdez: Derecho Informático. Julio Núñez Ponce: Derecho Informático. Carlos M. Correa; Hilda N Batto –Susana Czar de Zalduendo, Félix A . Nazar Espeche: Derecho Informático. Juan José Blossiers Manzini y Sylvia B. Calderón García: Delitos Informáticos.

de elementos periféricos tales como pantallas, lectoras de soportes magnéticos, cintas, discos, diskettes, etc.

- b) Procesador central.- Dispositivo en el que se ejecutan las operaciones lógico-matemáticas, conocido comúnmente como unidad central de proceso (CPU en inglés); tiene la misión de interpretar y ejecutar las instrucciones, así como de controlar todas las partes que comprende el ordenador. Consta de tres unidades: Unidad de memoria, unidad de control y unidad aritmética lógica.
- c) Dispositivo de salida. – Sirven para proporcionar al mundo exterior los resultados obtenidos en el proceso de información; estos dispositivos son la pantalla, la impresora, lector de CD-ROM, graficadoras, parlantes para sistemas multimedia, etc.

A nivel estructural la computadora está integrada por los siguientes elementos:

- a) Hardware.- Está constituido por las partes mecánicas, electromecánicas y electrónicas, como estructura física de las computadoras y encargadas de la captación, almacenamiento y procesamiento de información, así como la obtención de resultados.
- b) Software.- Es el soporte lógico de la computadora, es la creación intelectual susceptible de convertirse en un bien inmaterial o incorporeal que es objeto de derechos y de protección jurídica, son bienes muebles para efecto de su tráfico jurídico, de conformidad con el artículo 886º del Código Civil.

Retornando al artículo que comentamos, podemos efectuar determinadas precisiones:

Cuando el artículo 647º del CPC precisa que el afectado con la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en los soportes magnéticos, ópticos o similares en el caso de dictarse secuestro conservativo o embargo sobre ellos, se prioriza la protección jurídica de la privacidad de los datos cuyo uso, destino y preservación pertenecen al ámbito particular del afectado.

El propósito principal de la norma es garantizar al afectado el derecho a retirar la información contenida en la unidad de memoria del CPU.

El secuestro conservativo o embargo ordenado recae directamente sobre los componentes de la estructura física de la computadora; es decir, sobre el hardware. La medida no comprende al software, por lo que puede afirmarse que el afectado tendría el derecho no sólo a retirar la información sino incluso *desinstalar* los programas que tuviera instalados en la computadora.

En otros supuestos, como quiera que el software es susceptible de operaciones contractuales por estar en el tráfico jurídico, entonces no puede estar exento de eventuales medidas cautelares cuando la naturaleza de la pretensión principal así lo exija.

Con relación al embargo consideramos que el embargo en forma de depósito es la única forma posible, en el que ante la negativa del afectado a constituirse como depositario de sus bienes, tendría que procederse al secuestro conservativo siempre que así hubiera sido dispuesto.

4.3. Secuestro de bienes dentro de una unidad de producción o comercio (art. 651º CPC).

“Pueden secuestrarse bienes muebles que se encuentran dentro de una fábrica o comercio, cuando éstos, aisladamente, no afecten el proceso de producción o de comercio.”

CC. Artículo 1103.- Hipoteca de unidad de producción

Los contratantes pueden considerar como una sola unidad para los efectos de la hipoteca, toda explotación económica que forma un conjunto de bienes unidos o dependientes entre sí.

4.4. Secuestro de títulos de crédito (652° cpc)

"Cuando se afecten títulos-valores o documentos de crédito en general, éstos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. El custodio queda obligado a todo tipo de gestiones y actuaciones que tiendan a evitar que el título se perjudique y a depositar de inmediato a la orden del juzgado, el dinero que obtenga. "

Sobre esta forma específica de secuestro debemos manifestar lo siguiente:

a) El custodio asume la representación del titular de los títulos valores secuestrados, con tal fin debe entregársele además de los títulos, el documento en el que conste la anotación respecto a su designación.

b) En concordancia con su condición de representante del titular afectado, queda obligado a evitar que el título se perjudique.

c) Puede en consecuencia efectuar la cobranza extrajudicial o judicial de los mismos; si esto se produce debe depositar el dinero que obtenga, inmediatamente, a la orden del juzgado.

Esta regulación normativa es la expresión procesal de las obligaciones que el artículo 1828° del Código Civil impone a quien cumple labor de custodia en una relación contractual, dice la norma "Los depositarios de títulos valores, o documentos que devenguen intereses, están obligados a realizar su cobro en las épocas de sus vencimientos, así como a practicar los actos que sean necesarios para que dichos documentos conserven el valor y los derechos que les correspondan."

5. Legislación extranjera.

En el área latinoamericana, el secuestro tiene un tratamiento diverso, como lo veremos a continuación:

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. El secuestro es regulado en los siguientes términos: "*Art. 221. - Procederá el*

secuestro de los bienes muebles o semovientes objeto del juicio, cuando el embargo no asegurare por el derecho invocado por el solicitante, siempre que se presenten instrumentos que hagan verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar. Procederá, asimismo, con igual condición, toda vez que sea indispensable proveer a la guarda o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva. El juez designará depositario a la institución oficial o persona que mejor convenga; fijará su remuneración y ordenará el inventario, si fuese indispensable.”

No es regulada como primera opción, sino como alternativa subsidiaria del embargo. Recae sobre bienes objeto del proceso y procede cuando esta medida no asegura el derecho invocado por el actor, siempre que el soporte probatorio haga verosímil el derecho cuya efectividad se quiere garantizar. También se admite su procedencia, con igual condición, cuando sea indispensable proveer al cuidado o conservación de cosas para asegurar el resultado de la sentencia definitiva. Entonces podría afirmarse que la primera hipótesis concuerda con las características y fines del secuestro judicial y la segunda con el secuestro conservativo.

El Código de Procedimiento Civil colombiano presenta un tratamiento diferenciado entre embargo y secuestro; este último es concebido exclusivamente como el desapoderamiento del bien o bienes afectados respecto del obligado; elimina toda referencia a especies de secuestro, precisa su procedencia en diversos procesos y pretensiones (artículo 690.1.B: procesos ordinarios, artículo 691.1: procesos de nulidad y divorcio, separación de cuerpos y de bienes y liquidación de sociedad de gananciales). Los artículos 682 y 683, respectivamente, regulan las reglas para el secuestro de bienes y las funciones del secuestre así como la respectiva caución que éste debe prestar en determinados casos.

El Código de Procedimiento Civil del Ecuador dedica tres artículos a la regulación del secuestro al que, sin emplear denominación alguna se le reconoce dos modalidades (secuestro del bien sobre el cual se litiga y secuestro de bienes que aseguren el crédito, sin emplear denominación específica) que no son sino el

secuestro judicial y el conservativo. En efecto, el artículo 912° presenta el siguiente tenor: “ Oportunidad para pedir secuestro o retención.- Puede una persona, antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga. O de bienes que aseguren su crédito.”

El Código General del Proceso uruguayo, vigentes desde 1989, simplemente menciona al secuestro como una de las medidas cautelares específicas, en el artículo 316.1: “El tribunal podrá disponer las medidas que estime indispensables, entre otras, la prohibición de innovar, la anotación preventiva de la litis, los embargos o secuestros, la designación de veedor o auditor, la de interventor o cualquiera otra idónea para el cumplimiento de la finalidad cautelar (artículo 312).”

Posteriormente en los artículos 309.1, 316.1, 380.2, y 382, es mencionado sin mayores precisiones, dejándose dejando entrever, sin embargo, que es una medida cautelar que se materializa con la aprehensión material de determinado bien; es decir el desapoderamiento del bien respecto de su tenedor. No se hace la más mínima referencia a las modalidades de secuestro.

El artículo 1763° del Código Civil español regula el secuestro bajo la denominación de depósito voluntario, ciñéndose así a la tradición románica: “Depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante. También puede realizarse el depósito por dos o más personas, que se crean con derecho a la cosa depositada, en un tercero, que hará la entrega en su caso a la que corresponda.” En tanto que el secuestro judicial es denominado depósito judicial o secuestro: “El depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o el aseguramiento de bienes litigiosos”(Artículo 1785°) y puede tener por objeto bienes muebles o inmuebles. El artículo 1.789 establece que en lo que no se hallare dispuesto en este Código, el secuestro judicial se regirá por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo la actual LEC no regula al secuestro en ninguna de sus modalidades.

SUB-CAPÍTULO 3.

ANOTACIÓN DE DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS

"Cuando la pretensión discutida está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Con este fin el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y la decisión cautelar.

El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.

La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida." (art. 673º CPC)

3.1. Finalidad

Esta medida cautelar, conocida también como *anotación de litis*, tiene como finalidad asegurar la publicidad de los procesos sobre bienes muebles o inmuebles inscritos para que las sentencias que se dicten en tales procesos puedan ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso; por consiguiente la anotación de demanda en el registro tiene como única finalidad advertir al posible comprador del bien que en caso el titular de de éxito del actor en el proceso tendrá que enfrentar el pronunciamiento y someterse al efecto de la anotación.

3.2. Anotación de demanda y embargo en forma de inscripción

Ambas son medidas cautelares para ejecución forzada y recaen sobre derechos y bienes inscritos, sin embargo es preciso establecer las siguientes diferencias:

- La anotación de demanda sólo procede cuando la cuestión controvertida en el proceso principal está relacionada con derechos inscritos; es decir, existe necesaria conexidad entre la anotación de demanda y la cuestión

controvertida como pretensión principal, en tanto que en el embargo en forma de inscripción tal conexidad es innecesaria; empero en ambos se exige que la medida resulte compatible con el título de propiedad o el derecho ya inscrito.

- En la anotación de demanda se inscribe o anota íntegramente copia de la demanda, de la resolución admisorio y la decisión cautelar; en tanto que en el embargo en forma de inscripción se inscribe el monto dinerario de la afectación.
- Luego de producirse el remate del inmueble (en cuya partida o ficha registral se había inscrito la anotación de demanda y el embargo en forma de inscripción) el juez dicta el auto de transferencia de propiedad y dispone dejar sin efecto todo gravamen que pese sobre éste (entre ellos el embargo en forma de inscripción), con excepción de la medida cautelar de anotación de demanda (art. 739º CPC).

Referencias legislativas:

En la LEC de España: en el Artículo 727º se dispone: "...podrán acordarse entre otras, las siguientes medidas cautelares, Inc. 5. "La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros Públicos.

6. Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución."

Código procesal civil de Costa Rica: "Artículo 282.- Requisitos. Si el actor de la demanda comprendida en los primeros cuatro incisos del artículo 468 del Código Civil, pidiere la anotación provisional de ella, el juez, inmediatamente después de recibir la solicitud, dirigirá un mandamiento al Registro Público, para que practique la anotación respectiva.

El mandamiento contendrá el nombre, los apellidos y el documento de identificación del actor y el demandado, así como las citas de inscripción de la finca o el derecho real de que se trate.

Practicada la anotación, a partir de la presentación del mandamiento, la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier derecho real sobre la cosa, se entenderá hecha sin perjuicio del acreedor anotante.

En casos análogos a los citados, si se solicitare, la demanda se anotará también en los bienes muebles o derechos reales sobre estos, inscritos en los registros respectivos.”

CAPITULO SEGUNDO

MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

Sumario: 1. Concepto. 2. Revisión doctrinaria. 3. Tutela cautelar y tutela anticipatoria. 4. Referencias legislativas latinoamericanas. 5. Presupuestos. 6. Casos regulados en el Código Procesal Civil. 7. Institutos afines.

Artículo 674.- Medida temporal sobre el fondo.-

Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público.

1. Concepto

Son decisiones cautelares que se traducen en la ejecución anticipada, parcial o total, de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, configurándose así una coincidencia total o parcial entre la pretensión cautelar y la pretensión cautelada o principal.

Las medidas temporales sobre el fondo también son conocidas como medidas provisionales de seguridad o cautelas materiales porque producen el efecto de una satisfacción anticipada de la pretensión principal misma. No están destinadas a garantizar derechos de crédito sino prestaciones de otra naturaleza,

van más allá del aseguramiento para la ejecución forzada.

Son excepcionales porque el juez sólo puede dictarlas si el solicitante acredita mediante la prueba aportada dos situaciones copulativas: la necesidad impostergable y la firmeza del fundamento de su demanda.

2. Revisión doctrinaria

Sobre los alcances de estas medidas leamos al profesor W Kisch: "Muchas veces, en efecto, existe la necesidad de constituir provisionalmente un estado de hecho hasta que el pleito sea resuelto, para evitar en el entretanto los riesgos que amenazan (...) mientras se decide el proceso sobre alimentos se impone al presunto alimentador la obligación de mantener provisionalmente al alimentista (...) En todos estos casos la medida judicial no persigue el asegurar una futura ejecución sino la evitación de perjuicios hasta la resolución definitiva del negocio, pues cuando se ordena la realización de una prestación (p.e., alimentos provisionales) para evitar un daño inminente, la medida va más allá del simple aseguramiento y produce el efecto de una satisfacción anticipada de la acción."¹⁶²

Por su parte, Piero Calamandrei sostiene que mediante estas resoluciones se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si ésta perdurase hasta el dictado de la providencia definitiva, podrían ocasionar a una de las partes daños irreparables. Explica que la providencia cautelar consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario.¹⁶³

Explica Roberto Omar Berizonce que "la concepción o, si se prefiere, la más moderna utilización de la técnica de la tutela anticipatoria, se vincula de modo directo con la necesidad de asegurar la eficacia en concreto del proceso y de las prestaciones jurisdiccionales, principalmente en el factor temporal por la exigencia

¹⁶² Kisch W: Derecho Procesal Civil. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid 1940, pp.380-381

¹⁶³ Calamandrei, Piero: ob. cit. pp.58-59.

de administrárlas en tiempo razonable. En paralelo con otros institutos procesales, como la decisión temprana de la litis, la ejecución provisional o anticipada de la sentencia de mérito, las estructuras monitorias y aledañas, la anticipación de la tutela en sus diversas variantes – decisiones provisionales, medidas autosatisfactorias – atienden las exigencias primarias que condicionan al proceso moderno. La búsqueda de mecanismos simplificados y simplificadores, que permitan superar la intolerable y descalificatoria morosidad judicial.”¹⁶⁴

Las medidas temporales sobre el fondo, como expresión de la tutela anticipatoria en nuestra legislación, es una de las tutelas diferenciada “de urgencia” que, con base en una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente su pretensión, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material. Anticipación significa coincidencia total o parcial con lo pretendido en la demanda, vale decir: identidad objetiva.¹⁶⁵

En Italia junto a las medidas cautelares existe una institución conocida como los Proveimientos d’Urgenza (art. 700 CPC). “Condiciones para la concesión: Fuera de los casos regulados en la sección precedente de este capítulo, quién tuviere fundado motivo de temer que durante el transcurso del tiempo, para hacer valer su derecho en vía ordinaria, y este sea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir con recurso al juez los proveimientos de urgencia que parezcan, según las circunstancias, más idóneos para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el mérito”.

Como puede apreciarse los proveimientos de urgencia, como expresión concreta de la potestad cautelar general que la ley reconoce al juez, tienen un alcance inespecífico y genérico, dentro del cual están comprendidas las medidas anticipatorias que en nuestra legislación son las medidas temporales sobre el fondo. Los proveimientos de urgencia, empero, no se limitan únicamente a

¹⁶⁴ Berizonce, Roberto Omar: La tutela anticipatoria en Argentina. En Medidas Cautelares coordinado por Jaime Greif. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2002. p.146.

¹⁶⁵ Pérez Ragone, Alvaro: Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. En Jurisprudencia Santafesina Nº 26, p.38.

decisiones coincidentes con la pretensión principal, incluyen a todos aquellos mecanismos de prevención o cautelares innovativos o no innovativos idóneos para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el mérito.

3. Tutela cautelar y tutela anticipatoria

En los últimos tiempos, a partir de la posición asumida por la legislación y doctrina procesal brasileña negando naturaleza cautelar a estas medidas, considerándolas como ejecución y satisfacción anticipada de la pretensión principal, se ha iniciado toda una revisión de las posiciones originariamente asumidas, tal como lo veremos seguidamente.

Las medidas temporales sobre el fondo están consideradas en la legislación nacional como una de las expresiones de las medidas cautelares específicas. Es descrita en los siguientes términos: *“Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.”* (Artículo 674º)

Sin embargo, la doctrina reciente informa que las medidas cautelares clásicas provisionales y de función puramente instrumental en el proceso han experimentado una notoria metamorfosis ampliando su espectro de modo ostensible en su aplicación, particularmente a partir de potestad genérica del juez. La explicación y sustento de esta evolución se deben a la necesidad de asegurar de modo diferenciado la tutela de ciertos derechos y garantías preferentes. La tutela cautelar clásica ha dado lugar al nacimiento de nuevas tutelas materiales anticipatorias incluyendo entre estas opciones a las denominadas *medidas autosatisfactivas*. El sustento constitucional no es otro que la exigencia de mayor efectividad de las garantías de la jurisdicción.

Ahora bien, la doctrina procesal brasileira liderada por Luiz Guilherme Marinoni ha desarrollado el concepto de tutela anticipatoria, entendida como

aquella que puede ser concedida en el curso del proceso de conocimiento, constituyéndose en verdadera arma contra los males que pueden ser acarreados por el tiempo del proceso, siendo viable no sólo para evitar un daño irreparable o de difícil reparación, sino también para que el tiempo del proceso sea distribuido entre la partes litigantes en la proporción de la evidencia del derecho del actor y de la fragilidad de la defensa del demandado. Acota seguidamente que La tutela anticipatoria rompe con el principio *Nulla executio sine título*, fundamento de separación entre conocimiento y ejecución.

Eduardo Ricci, citado por Marinoni, anota que “La conveniencia de atribuir al pronunciamiento anticipatorio inmediata aptitud para provocar la efectiva y completa satisfacción del derecho tutelado tiene, por tanto, también un preciso significado teórico: la actuación es necesaria para que, según el prisma del contenido, la tutela anticipatoria se diferencie de la tutela meramente instrumental (y por tanto cautelar)”¹⁶⁶.

La tutela anticipatoria – continúa Marinoni - está orientada a distribuir la carga del tiempo del proceso. Es necesario que los operadores del Derecho comprendan la importancia del nuevo instituto y lo usen de modo adecuado. No hay razón para la timidez en el uso de la tutela anticipatoria, pues el remedio surgió para eliminar un mal que ya está instalado. Es necesario que el juez comprenda que no puede haber efectividad sin riesgos. La tutela anticipatoria permite percibir que no es sólo la acción (el peticionar la anticipación) que puede causar perjuicio, sino también la omisión. El juez que se abstiene es tan nocivo como el juez que juzga mal. Prudencia y equilibrio no debe confundirse con miedo. La morosidad de la justicia exige que el juez deje de lado el facilismo de preferir la tutela clásica ordinaria para asumir las responsabilidades de un nuevo juez que trata de los nuevos derechos y que también tiene que entender que las nuevas situaciones desprovistas de tutela no pueden, en no pocos casos, soportar el mismo tiempo que era utilizado para la realización de los derechos de sesenta

¹⁶⁶ Ricci Eduardo: Posibles novedades sobre la tutela anticipada en Italia, en Rev. Derecho Procesal Civil, vol. 7, p.92.

años atrás¹⁶⁷.

El mismo autor sostiene que un sector considerable de la doctrina aún no percibe la distinción entre la tutela anticipatoria y la tutela cautelar, ello se debe a que está sometida a los conceptos elaborados por la doctrina italiana más antigua marcada sobre todo por el principio de la *nulla executio sine título* obligada a atribuir naturaleza cautelar a toda y cualquier tutela que, para eliminar un peligro de daño irreparable o de difícil reparación fuese concedida antes de la finalización del proceso de conocimiento.

Si el derecho ya fue violado, la tutela sumaria anticipatoria puede repararlo inmediatamente, en tanto que la tutela sumaria cautelar sólo asegura la efectividad de su reparación; la diferencia entre la tutela anticipatoria y la tutela cautelar es clara. La tutela resarcitoria anticipada, o igualmente la tutela restitutiva anticipada, no puede ser confundida con la tutela destinada sólo a asegurar la viabilidad de la reparación del derecho ya violado.

Por todo lo expuesto, concluye Marinoni afirmando que la tutela que realiza el derecho material afirmado por el actor (tutela satisfactiva), aun basada en cognición sumaria, no puede ser definida como cautelar. Es importante anotar que el carácter de la satisfactividad de la tutela jurisdiccional nada tiene que ver con la formación de la cosa juzgada material. La tutela que satisface anticipadamente el derecho material, aun sin producir cosa juzgada material, no puede ser definida a partir de la instrumentalidad tal como si sucede con la tutela cautelar. Dicho de otro modo la tutela anticipatoria no es un instrumento destinado a asegurar la utilidad de la tutela final. Es por eso que la nota de la provisoriedad, presente tanto en la tutela cautelar como en la tutela anticipatoria, nada dice de provechoso para la distinción entre las tutelas¹⁶⁸.

A su turno, Roberto Omar Berizonce, refiriéndose a las manifestaciones de la tutela anticipatoria y diferenciándola de la tutela cautelar, manifiesta que “Junto a la técnica de cognición, que no siempre es exhaustiva sino que permite la

¹⁶⁷ Marinoni Luiz Guilherme: Tutela anticipatoria; en Medidas Cautelares compilada por Jaime Greif. p. 405.

¹⁶⁸ Marinoni L.G: ob. Cit. P.207

fragmentación o la superficialidad periférica, cabe perfilar técnicas no menos ortodoxas de anticipación, tendientes a brindar tutelas urgentes, susceptibles de diferenciarse según el pronunciamiento respectivo: a) Provea una protección puramente *interinal*, aunque suficiente para componer de momento, tempranamente y de modo provisional, la litis, anticipando total o parcialmente el objeto mediato pretendido, y b) dispense una tutela de virtualidad *definitoria*, en tanto recayendo sobre el objeto mismo de la pretensión agota y consume la litis, tornando inútil la sentencia final sobre el fondo, por la irreversibilidad de hecho de sus efectos, análogos al propio pronunciamiento de mérito, inclusive en cuanto a su ejecutoriedad.”¹⁶⁹

Coincidimos con el profesor Adolfo Rivas cuando afirma que en la doctrina se suele establecer una diferencia entre medidas cautelares y medidas anticipatorias como institutos jurídicos de naturaleza distinta; “de todas maneras (...) medidas cautelares y medidas anticipatorias son institutos jurídicos de distinta naturaleza. Responden eso sí a una misma esencia como es la que hace a la que llamamos jurisdicción asegurativa, pues, sea a través de las cautelares, sea mediante la satisfacción de la pretensión, se garantiza de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia.”¹⁷⁰

Como lo señalamos líneas arriba, la reforma que experimentó en 1994 el Código de Proceso Civil brasileiro, trajo consigo la introducción de la figura de la *anticipación de tutela del derecho material* (art. 273) de este modo quedó superada la falta de legislación específica que permitiese anticipar los efectos de la pretensión material en los casos en los que no se podría negar la inmediata tutela jurisdiccional. Las pretensiones sumarias y satisfactivas del derecho material son admitidas no en forma cautelar, sino a través del referido instituto de urgencia denominado anticipación de tutela.

Las medidas temporales sobre el fondo, sin duda alguna, constituyen anticipo de tutela del derecho material que se demanda en el proceso principal y

¹⁶⁹ Berizonce Roberto Omar: Ob. Cit. P.147.

¹⁷⁰ Rivas Adolfo: “Las medidas cautelares en el proceso civil peruano” Editorial Rodas, Lima Perú, 2000, p,212.

no por ello dejan de ser cautelares. Si el anticipo de la pretensión central satisficiera íntegramente el interés del actor, no requiriéndose de la ulterior promoción de un proceso principal, entonces estaríamos frente a una decisión jurisdiccional autosatisfactiva no cautelar.

Juan Monroy Gálvez y Juan Monroy Palacios¹⁷¹ refiriéndose a estas medidas como medidas cautelares coincidentes, porque su contenido tiene una íntima relación con el contenido de la relación principal, coinciden en sus efectos, reconocen que éstas han tenido un ingreso tardío al panorama de la doctrina cautelar y que son severamente discutidas por un amplio sector de la doctrina que se resiste a admitir que algunos efectos de lo pedido pueden concretarse sin que exista cognición plena y cosa juzgada. Acotan seguidamente que los cuestionamientos que recibe esta forma de tutela cautelar se deben fundamentalmente a la percepción equivocada de que ésta anticipa los efectos de la sentencia: esta concepción es errada porque no debe olvidarse que toda medida cautelar es contingente, es decir, que si el proceso concluye de manera desfavorable al peticionante de la medida cautelar, ésta lo que produce es un perjuicio a quien la soportó y, por su lado, quien la obtuvo debe retornar la situación jurídica o fáctica al estado anterior a la ejecución de la medida e inclusive reparar los daños que su pedido produjo si fuera el caso.

En honor a la verdad debemos decir que la defensa de la naturaleza cautelar de las medidas temporales sobre el fondo sustentada por el profesor Monroy Gálvez no tiene la consistencia esperada de quien es el principal mentor del código procesal civil, particularmente cuando niega que la tutela cautelar coincidente anticipa los efectos de la sentencia. Si la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o solo en aspectos sustanciales no es anticipar los efectos de la sentencia, entonces, ¿cuáles son los otros efectos que no se anticipa con la ejecución de esta medida cautelar?

4. Referencias legislativas latinoamericanas

¹⁷¹ Monroy Gálvez Juan y Monroy Palacios Juan: Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales.

4.1. *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica* se refiere a estas medidas y a las innovativas en los siguientes términos:

“Art. 280.- *Medidas provisionales y anticipativas.* Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipativas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo.”

4.2. *El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay* (1989) siguiendo las coordenadas centrales del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, regula las medidas anticipadas del siguiente modo:

“317.1 Fuera de los casos regulados en los artículos anteriores, podrá el tribunal adoptar las medidas provisionales que juzgue adecuadas o anticipar la realización de determinadas diligencias, para evitar que se cause a la parte antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente la decisión sobre el fondo.

317.2 Como medida provisional o anticipada podrán disponerse el remate de bienes que se hubieren embargado, o, en general, se encontraren sometidos a cualquier medida cautelar, cualquiera sea la materia del proceso, que corran riesgo de perecer, deteriorarse, depreciarse o desvalorizarse o cuya conservación irroque perjuicios o gastos desproporcionados a su valor. En estos casos, el tribunal podrá a petición de parte y escuchando a la otra, disponer su remate por resolución inapelable y depositar el producto en valores públicos, a la orden del tribunal y bajo el rubro de autos.

317.3 Estas medidas se regularán, en lo pertinente, por lo dispuesto en los artículos 311 a 316. “

4.3. En 1994, fue introducida en *Brasil* la figura de la anticipación de tutela material en el proceso de reforma de su *Código de Processo Civil*, para suplir la falta de legislación específica que autorizara la anticipación de los efectos

de la pretensión material en los casos donde no se podría negar inmediatamente la tutela jurisdiccional:

“Artículo 273: El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de lo alegado y: 1) haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; o 2) quede caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

- 1) En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento;
- 2) No se concederá la anticipación de tutela cuando haya peligro de irreversibilidad de la resolución anticipada;
- 3) La ejecución de la tutela anticipada observará, en lo que correspondiere, lo dispuesto en los incisos II y III del art. 588.
- 4) La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada;
- 5) Concedida o no la anticipación de tutela, proseguirá el proceso hasta el juzgamiento final».

4.4. El artículo 231 del *Código Procesal Civil de La Pampa*, en Argentina, desde el año 2000 regula las medidas anticipadas en los siguientes términos: “Medidas anticipadas. Procedimiento. El juez podrá anticipar, luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si: 1) Existe verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias: 2) Se advierta en el caso una urgencia impostergable tal que si la medida anticipatoria no se adoptara en ese momento, la suerte de los derechos se frustraría: 3) Se efectivice contracautela suficiente, 4) La anticipación no produzca efectos irreparables en la sentencia definitiva. La decisión no configurará prejuzgamiento. Solicitada la tutela el juez designará audiencia con carácter urgente, a la que serán citadas las partes

interesadas. Concluida la misma y sin otra sustanciación, resolverá.

El juicio seguirá hasta su finalización. Al tiempo de la sentencia o dentro de la secuela del proceso, si cambiaren las condiciones, la tutela anticipatoria, podrá modificarse o quedar sin efecto.”

4.5. El inciso 2 del artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España establece: “Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”. Seguidamente, como carga del solicitante, en el inciso 2º del artículo 728, se exige precisa que “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios”.

5. Presupuestos

5.1. *Necesidad impostergable (por la inminencia de un peligro grave e irreparable)*

La naturaleza del derecho materia de la relación sustancial y su fuerte probabilidad de amparo, determinada por la cognición especial y sumaria aplicada, exige de la jurisdicción respuestas prontas y urgentes por la inminencia de un peligro grave o irreparable que amenace la frustración de la tutela principal perseguida.

El carácter impostergable de la necesidad del solicitante debe suponer la afectación de derechos esenciales de modo tal que la falta de otorgamiento de tutela jurisdiccional de urgencia le podría generar perjuicios graves e irreparables;

de otro modo estaríamos frente a la necesidad común, exigible para el amparo de cualquier medida cautelar.

Así, la asignación de pensión alimenticia, la recuperación de un bien objeto de despojo, etc. no pueden esperar el agotamiento de todo el proceso de cognición; no amparar una petición cautelar en estos casos significaría atentar contra la subsistencia misma del solicitante, tanto en alimentos como en el uso de bienes que le permitan desarrollar sus actividades básicas. Estas necesidades requieren tutela jurisdiccional de urgencia, expresada en nuestra legislación en la ejecución anticipada de la futura sentencia final.

5.2. La firmeza del fundamento de la demanda

La firmeza del fundamento es concomitante con el presupuesto anterior, puesto que la necesidad impostergable de quien pide la medida debe tener como base y fundamento la solidez, consistencia, verosimilitud y fiabilidad de la demanda.

La *causa petendi*, esto es, la fundamentación fáctica y jurídica de la pretensión principal, debe ser consistente, fiable y cercana a la certeza judicial: para su dictado se requiere que haya un estado de conocimiento suficiente, equivalente a la certeza provisional, superior a la sola apariencia o verosimilitud del derecho invocado, pero inferior a la certeza exigible para el dictado de las sentencias. De la firmeza del fundamento de la demanda, sustentada en los medios probatorios aportados, debe fluir como una consecuencia lógica la necesidad del otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

5.3. Posibilidad de reversión de lo anticipado.

Por tratarse de la ejecución anticipada, parcial o total, de la pretensión principal, la posibilidad de reversión de lo anticipado es una condición de las medidas temporales sobre el fondo. Este elemento no es examinado para el otorgamiento de las medidas cautelares asegurativas debido a que la decisión cautelar no toca aspectos medulares de la pretensión principal.

Si se anticipa cautelarmente alimentos y luego la sentencia firme desestima la demanda, es posible devolver lo recibido por tal concepto. Del mismo modo, si en un proceso contencioso administrativo se dispuso la reposición provisional del afectado a su centro de trabajo; ante una sentencia desestimatoria firme, los efectos de la decisión anticipada son de posible reversión y, no afectan el interés público. En un proceso indemnizatorio, es posible ordenar anticipadamente el pago, por el demandado, de una prótesis¹⁷² puesto que como en los casos anteriores, ante un resultado adverso, los efectos de la decisión anticipada no son irreversibles.

5.4. Suficiencia probatoria.

Los medios probatorios deben constituir el sustento de la necesidad impostergable de la ejecución anticipada y de la firmeza del fundamento de la demanda.

En el Código de Processo del Brasil se exige prueba inequívoca de la verosimilitud de lo alegado y además haya fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación, o quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

La necesidad impostergable de la ejecución anticipada como presupuesto de la petición cautelar tiene como *leiv motiv* la inminencia de un perjuicio, un daño irreparable o de difícil reparación. No obstante, los hechos configurativos del daño o perjuicio aún no existen, puesto que tal acontecimiento nocivo aún no se ha producido, el demandante afirma que podría suceder. Entonces, la prueba de la necesidad impostergable no se refiere a un hecho aún no sucedido puesto que la prueba procesal no es predictiva sino retrospectiva. El examen probatorio no es pronóstico sino diagnóstico.

En materia cautelar, no se prueba el daño o peligro inminente, por ser eventos aún no acaecidos, se prueba los hechos que constituyen el fundamento fáctico de la demanda, a partir de los cuales pueden formularse razonamientos

¹⁷² Ejemplo tomado de la jurisprudencia argentina.

lógico-jurídicos que mediante una operación probabilística nos permitan inferir predictivamente la inminencia del daño o del peligro.

Los medios probatorios están destinados a probar directamente la firmeza de los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda por tratarse de hechos acaecidos y no futuros. Sin embargo, la prueba de tales hechos, deben constituir indicios suficientes que permitan elaborar presunciones sobre la probable perpetración *futura* de tales daños.

6. Casos regulados en el código procesal civil.

6.1. Asignación anticipada de alimentos

“En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida cuando es requerida por el cónyuge o por los hijos menores con indubitable relación familiar. El Juez señalará el monto de la asignación que el obligado ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.” (Artículo 675 CPC)

Análisis

La ley otorga legitimación activa al cónyuge (varón o mujer) respecto del otro cónyuge y a los hijos menores respecto de sus padres, en ambos casos con indudable relación familiar. La relación familiar debe acreditarse mediante instrumento público porque así lo exige la ley: la condición de cónyuge, con la copia certificada de la partida de matrimonio del registro de estado civil¹⁷³ y la condición de hijo mediante la respectiva copia certificada de la partida de nacimiento. En el caso de hijos extramatrimoniales debe constar el reconocimiento en el acta de nacimiento¹⁷⁴ sea que este acto se haya producido voluntariamente o

¹⁷³ Código civil, artículo 269 .- Prueba del matrimonio

“Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil. La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta”.

¹⁷⁴ Código civil, artículo 391.- Reconocimiento en el registro de nacimiento

por sentencia declaratoria de la paternidad o de maternidad. El artículo 387º del Código Civil establece que “El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.”

No pueden acogerse a esta alternativa cautelar los hijos matrimoniales mayores de edad, ni los hijos extramatrimoniales no reconocidos, tampoco, los padres respecto de sus hijos. Esta es una restricción establecida por la ley, luego cualquier asignación anticipada de alimentos solicitada por alguna de estas personas debe ser declarada improcedente.

Los hijos menores de edad si bien tienen capacidad para ser parte material en el proceso carecen de capacidad para comparecer por sí mismos, por lo que deben comparecer por medio de su representante legal que en este caso es el padre, la madre o su tutor.

Problema:

¿Podría el padre reclamar alimentos anticipadamente a su hijo mayor de edad, ante una situación de extrema necesidad, y estando acreditada indubitablemente la relación familiar?

Consideramos que en estas circunstancias, el Juez de Familia tendría que obviar las restricciones del artículo 675º del CPC y preferir normas constitucionales a efectos de garantizar derechos fundamentales del demandante y siempre que las condiciones económicas del hijo demandado le permitan asumir tal responsabilidad alimentaria.

- ***Asignación anticipada y sentencia desfavorable***

“Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda éste obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el Artículo 567. La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo.” (Artículo 676º)¹⁷⁵

Análisis

La hipótesis descrita en la norma precitada se produce cuando, la asignación anticipada de alimentos es ordenada a partir de la acreditación de la relación familiar de modo indubitable, y la verosimilitud del derecho alimentario invocado; sin embargo, es posible que el demandado al contestar la demandada desvirtúe la verosimilitud y sustento de la pretensión alimentaria y acredite la inexistencia de la necesidad alegada o demuestre el estricto cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. Ante este panorama el juez no tendría más opción que expedir sentencia declarando infundada la demanda de alimentos.

La misma hipótesis es la descrita en el artículo 569º del CPC “*Si la sentencia es revocada declarándose infundada total o parcialmente la demanda, el demandante está obligado a devolver las cantidades que haya recibido, más sus intereses legales con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 567.*”

Normativamente está previsto el mecanismo de recuperación de las cantidades pagadas. En el mismo expediente, previa liquidación incluyendo intereses podrá reclamarse la devolución de las cantidades recibidas. Puede asegurarse el pago acudiendo a las opciones cautelares para futura ejecución

¹⁷⁵ “Artículo 657.- Embargo en forma de retención.-

Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez”.

forzada: embargo, secuestro; sin embargo, la viabilidad y éxito de esta recuperación, por lo general, es sumamente incierta.

6.2. Asuntos de familia e interés de menores

“Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.

Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53.” (artículo 677º).

Análisis:

Este artículo contiene dos tipos de medidas cautelares: La medida cautelar regulada en el primer párrafo del artículo que comentamos, es en efecto, temporal sobre el fondo, pues anticipa la ejecución de la futura decisión final respecto de las pretensiones acumuladas, preferentemente en interés de los niños y adolescentes involucrados. Es evidente que no puede anticiparse la ejecución de la disolución del vínculo matrimonial.

La ejecución anticipada de la futura decisión final, como manifestación cautelar, está sustentada en la necesidad de proteger de modo especial a los niños y adolescentes en aplicación del principio del interés superior del niño y adolescente, regulado por el artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes.

La medida contenida en el segundo párrafo corresponde a una de las manifestaciones de la tutela anticipatoria en su expresión autosatisfactiva porque con la ejecución de las medidas dispuestas por el Juez se satisface el interés del afectado, no requiriéndose volver a examinar tales situaciones al momento de expedir sentencia. Como es obvio suponer, el Juez solo está en condiciones de

dictar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, solo si el afectado, directamente o a través de su representante legal, pone en su conocimiento tales hechos y solicita el dictado de las medidas de urgencia correspondientes.

En concordancia con la norma procesal citada, el artículo 177º del Código de los Niños y Adolescentes establece que en resolución debidamente fundamentada el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente y adoptará las que sean necesarias para el cese inmediato de actos que produzcan violencia física o psicológica, intimidación o persecución al niño o adolescente. En estos casos el Juez está facultado incluso para disponer el allanamiento del domicilio.

El artículo 10º de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aplicable al caso, precisa que las medidas de protección inmediatas que pueden ser adoptadas a solicitud de la víctima incluyen, sin que la enumeración sea limitativa, el retiro del agresor del domicilio, la suspensión de la cohabitación, impedimento de acoso a la víctima, suspensión temporal de toda clase de visitas por parte del agresor, inventario sobre sus bienes y otras medidas de protección inmediata que garanticen su integridad física, psíquica y moral.

Si el proceso fuera sobre violencia familiar, todas las medidas enunciadas, sin duda alguna, tendrían el carácter de anticipadas (temporales sobre el fondo) porque tendrían por finalidad adelantar el contenido de la pretensión central. Sin embargo, en el caso que examinamos (2º párrafo del artículo 677º del CPC) los actos de violencia se producen en el desarrollo de un proceso cuya pretensión central es de separación, divorcio patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela; por consiguiente el pedido de cese de los actos de violencia y las decisiones judiciales respectivas, en este proceso tienen la calidad de medidas autosatisfactivas, una de las manifestaciones de la tutela anticipatoria.

6.3. Separación y divorcio

“En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal” (artículo 680° del CPC)

Análisis

¿Es posible anticipar, en vía cautelar, el contenido de la pretensión sobre separación de cuerpos? Respondemos afirmativamente puesto que esta pretensión tiene por finalidad suspender los deberes relativos al lecho y habitación y poner fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial (artículo 332° CC).

Entonces la medida cautelar solicitada por cualquiera de los cónyuges, o por ambos, para autorizárseles a vivir en domicilios separados, o para administrar directamente los bienes que conforman la sociedad conyugal constituye en esencia, la ejecución anticipada de la futura decisión final.

Por lo demás, los acuerdos del convenio anexo a la demanda tienen eficacia jurídica, una vez expedido el auto admisorio, sin perjuicio de lo que se disponga en la sentencia; así lo señala el artículo 576° del CPC.

Por consiguiente, bastará la sola petición cautelar para que el juez disponga la ejecución o cumplimiento de los acuerdos contenidos en el convenio. Por tal razón son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges, alimentos, tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes (Artículo 485° del CPC).

6.4. Administración de bienes.

En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable. (Artículo 678º)

Análisis

En el proceso civil la pretensión de nombramiento o remoción de administrador judicial se tramita mediante el proceso no contencioso denominado *administración judicial de bienes*. En efecto, este proceso tiene por objeto el nombramiento de administrador judicial; y la aprobación de la relación de bienes sobre los que se va a ejercer la administración.

Los problemas que determinan la necesidad de obtener tutela cautelar anticipatoria se manifiestan en dos momentos: 1º) Durante el proceso de nombramiento de administrador judicial, y; 2º) Durante el cumplimiento de la sentencia. En el primer momento la tutela cautelar anticipatoria consiste en el nombramiento de un administrador provisional mientras el proceso sigue su curso regular, siempre que concurren los presupuestos especiales exigibles para el otorgamiento de esta medida: necesidad impostergable del que la pide, firmeza del fundamento, y suficiencia probatoria. En el segundo momento, el problema ya no radica en la necesidad de contar con un administrador de los bienes sino en la necesidad de su remoción, por haberse excedido, de los límites de las obligaciones establecidas legal o judicialmente, en el ejercicio del cargo, realizando actos de disposición sobre los bienes, sin autorización judicial previa, u otros actos no permitidos por la ley.

Es cierto que el administrador judicial de bienes sujetos a régimen de copropiedad puede, excepcionalmente, vender los frutos que recolecte y celebrar contratos sobre los bienes que administra, siempre que no implique su disposición, ni exceda los límites de una razonable administración. No obstante, si hubiera necesidad de realizar actos de disposición urgentes, el administrador deberá obtener previamente autorización del Juez, quien podrá concederla de plano o con audiencia de los interesados. (Artículo 780 CPC)

Los casos previstos en el código civil sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, son los siguientes:

- **Declaración judicial de ausencia**

En el proceso de declaración judicial de ausencia el juez ordena dar posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla en caso contrario procede el nombramiento de un curador. En este caso, a solicitud de cualquiera de los herederos forzosos el juez procede a la designación de administrador judicial. (Art. 54 CC).

La anticipación en este caso se refiere a la posesión temporal de los bienes del ausente a los que serían los herederos forzosos, decisión cautelar que será coincidente con los efectos jurídicos emergentes de un proceso de sucesión intestada.

- **Herencia indivisa**

Conforme lo señala el artículo 851º del Código Civil, cabe la posibilidad de que la herencia, mientras permanezca indivisa, sea administrada por el albacea, por el apoderado común nombrado por todos los herederos o por un administrador judicial.

- **Copropiedad**

La administración judicial se instituye a solicitud de cualquiera de los copropietarios para asumir la administración y emprender los trabajos para la explotación normal del bien. Sus servicios son pagados con una parte de la utilidad, y es fijada por el juez observando el trámite de los incidentes. (Art. 973º del CC). Sin embargo, esta regulación sobre la vía procedimental, actualmente no existe, siendo aplicable el proceso no contencioso sobre nombramiento de administrador de bienes.

6.5. Desalojo

En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien. (Artículo 679º)

Análisis

Solo procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, en los procesos de desalojo, siempre que concurran los presupuestos siguientes:

- a) Que la causal invocada sea por vencimiento del plazo del contrato; o por otro título que obligue la entrega. Luego, formalmente, no procede en aquellos casos de resolución del contrato previstos en el artículo 1671 del Código Civil.
- b) El demandante acredite de modo indubitable el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.

Nos encontramos frente a un proceso de desalojo iniciado por la causal antedicha, en el que el abandono del inmueble cuya restitución reclamamos pudo haberse producido antes del inicio del proceso o después de formalizado éste.

Precisamente, ante la eventualidad señalada, es que la demanda debe ser notificada, en la dirección domiciliaria indicada en la demanda, y además en el predio materia de la pretensión restitutiva, precisamente porque el arrendatario podría tener en la actualidad como dirección domiciliaria un inmueble diferente al que le fue arrendado. (Artículo 589 CPC).

Si el abandono del bien se produjo antes de la presentación de la demanda de desalojo puede acreditarse tal hecho con el expediente de prueba anticipada

sobre inspección judicial (Artículo 295º del CPC); de otro modo, podrá acreditarse el abandono con una constatación policial.

El amparo de la pretensión cautelar temporal sobre el fondo (ejecución anticipada de la futura decisión final), además de la acreditación del abandono del bien, exige en todas las circunstancias, la acreditación indubitable de la restitución pretendida, todo lo cual se desprende del sustento probatorio.

Problema:

¿Podría solicitarse la ejecución anticipada de la decisión final si el proceso de desalojo está sustentado en una causal distinta de la conclusión del plazo de arrendamiento?

Nuestra respuesta es afirmativa, puesto que no existe fundamento alguno que permita mantener una situación cuyas condiciones de validez jurídica y fáctica han desaparecido. Si está acreditado verosímilmente el derecho a la restitución y el abandono del bien, nada impediría el otorgamiento de la tutela cautelar reclamada, por lo demás la norma comentada deja abierta esta posibilidad al indicar que procede la entrega anticipada del bien objeto de desalojo no solo por la causal de vencimiento de contrato sino incluso por otro título que obligue a la restitución pretendida.

¿Podría solicitarse esta medida antes de iniciarse el proceso principal?

Respondemos negativamente porque la pretensión restitutoria de la posesión tiene naturaleza cognitoria, su tratamiento procesal en nuestra legislación, aunque sumarísima, requiere de la formalización del contradictorio a través del emplazamiento con la demanda, solo de este modo, podría pensarse en la viabilidad de una medida cautelar tan extrema como es la ejecución anticipada de lo que se va a resolver en la futura decisión final.

6.6. Devolución de bien en el despojo

“En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida. (Artículo 681º)

Análisis

La pretensión interdictal restitutoria de la posesión a causa de un acto de despojo se tramita en el proceso sumarísimo y tiene como finalidad reponer al demandante en el derecho de posesión del que fue privado y acumulativamente, si hubieran sido demandados, el pago de los frutos y de la indemnización correspondiente (Artículo 604º CPC)

Pues bien, la medida cautelar busca anticipar el contenido de la decisión final del interdicto de recobrar, restituyendo a la víctima del despojo, la posesión del bien; en modo alguno podría anticiparse el pago de los frutos mucho menos la indemnización. Según el texto legal, el otorgamiento de la tutela cautelar reclamada requiere que el demandante pruebe dos situaciones concurrentes:

1º) La prueba verosímil del despojo.

La prueba del despojo es el presupuesto fáctico central para el eventual amparo de esta pretensión cautelar. Los medios probatorios posibles pueden ser una constatación policial, fotografías, filmaciones u otro medio de prueba incluyendo testigos, podrían ser suficientes para este fin; debe tenerse en cuenta que la ley no exige acreditación plena de este hecho, exige acreditación verosímil del mismo.

2º) Acreditación del derecho a la restitución.

La acreditación verosímil del derecho a la restitución pretendida es el presupuesto jurídico complementario y concurrente del primer hecho. Es la acreditación de un derecho y no de un hecho. Debe acreditarse el derecho a la restitución de la posesión sobre el bien, aunque ésta sea precaria, puede probarse esta situación mediante medios probatorios documentales públicos o privados.

En suma, los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o desposesorio o su ausencia en el caso del demandado.

Problema:

¿Si se anticipa los efectos de la sentencia restituyendo la posesión al despojado podría el juez dar por concluido el proceso de interdicto de recobrar, expidiendo sentencia anticipadamente, sin requerir de audiencia única?

Consideramos que tal opción sería viable, siempre que la acreditación de los dos extremos mencionados: despojo y derecho a la restitución posesoria, no admitiesen duda alguna; es decir, solo cuando para el otorgamiento de la tutela cautelar reclamada se habría llegado a niveles probatorios cercanos a la certeza judicial y siempre que la resistencia del emplazado fuese meramente formal, desprovista de todo sustento probatorio. Por lo demás, esta opción procesal, no está prevista como una alternativa ordinaria, por lo que se requeriría de una adecuada motivación invocando especialmente los principios que rigen los objetivos del proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

7. Institutos afines

El derecho comparado presenta un conjunto de mecanismos destinados a componer la influencia del tiempo necesario en la sustanciación de los procesos. Entre estos mecanismos tenemos al *référé* del derecho francés, específicamente la *ordonnance de référé*, y las *ordonnances sur requête*, las disposiciones provisionales del derecho alemán y la tutela anticipada del derecho brasileño que tienen en común el propósito de anticipar de una u otra manera la tutela solicitada por el reclamante.

7.1. Los référés

Es una institución antigua del derecho francés que data del siglo XVII, actualmente se encuentra regulada en el nuevo Código Procesal Civil en sus artículos 484° al 498° y 808-809 y en un conjunto de normas referidas a otros ámbitos jurisdiccionales. Existen varios tipos de référés, sólo nos referiremos a dos de ellos por su relación con la tutela anticipatoria.

7.1.1. La *ordonnance de référés*

Es una resolución provisional, dictada a instancia de una de las partes, previa audiencia de la otra o habiéndola citado, en aquellos casos en que la ley otorga a un juez, distinto del competente para conocer del fondo, la potestad de ordenar de manera inmediata las medidas que resulten necesarias.

La demanda se presenta por medio de asignación, en la que se cita al demandado a una vista que se celebra en el día y hora habituales para los référés. En caso de que el asunto requiera ser tramitado con celeridad, el juez encargado de conocer de los référés podrá permitir que la citación se efectúe, a la hora que se indique, incluso en días festivos o inhábiles, ya sea en la sede del tribunal o bien en su domicilio, a puertas abiertas.

La *ordonnance de référés* carece de fuerza de cosa juzgada en cuanto al fondo del asunto. No puede ser modificada ni revocada por el cauce de los référés, salvo que se produzcan nuevas circunstancias. Es provisionalmente ejecutable. El juez podrá, no obstante, condicionar su ejecución provisional a la prestación de una caución. Si fuese necesario, el juez puede decretar que se despache ejecución de forma inmediata.

La *ordonnance de référés* podrá ser recurrida en apelación, salvo que la hubiera dictado el primer presidente de la *cour d'appel* o que se hubiera dictado en

única instancia por razón de la cuantía o del objeto del proceso. La *ordonnance* dictada en rebeldía y en única instancia podrá ser recurrida en oposición.

7.1.2. Las *ordonnances sur requête*

La *ordonnance sur requête* es una resolución provisional dictada a instancia de una de las partes sin dar audiencia a la parte contraria en los casos en que la ley lo permita.

La demanda se presenta por duplicado debe estar motivada y contener la indicación precisa de los documentos que se invoquen. Si se presenta durante la pendency de un proceso, debe indicar cuál es el tribunal que esté conociendo. En los casos de urgencia, la demanda puede presentarse en el domicilio del juez.

La *ordonnance sur requête* debe ser motivada e inmediatamente ejecutable. Se entregará una copia de la demanda y de la resolución a la persona frente a la que se dirija.

En caso de que la demanda sea desestimada, podrá recurrirse en apelación, salvo que la resolución la hubiera dictado el primer presidente de la *cour d'appel*.

El juez que dicta una *ordonnance* está facultado para modificarla o revocarla, aunque otro tribunal esté conociendo del fondo del asunto.

7.2. La disposición provisional

En el derecho alemán, la tutela cautelar es conocida como protección jurídica provisional y es tramitada en un procedimiento urgente especial. La protección jurídica o cautelar se garantiza mediante dos formas: el embargo preventivo y la disposición provisional; la primera, para el aseguramiento provisional de una pretensión dineraria; la segunda, para el aseguramiento

provisional de pretensiones no dinerarias.

Las disposiciones provisionales adoptan tres modalidades: la disposición de seguridad, la disposición regulatoria y la disposición de satisfacción o de prestación. Entre estas, es la última la que tiene afinidad con la medida temporal sobre el fondo.

7.2.1. Disposición provisional de satisfacción o de prestación

La jurisprudencia ha creado una disposición provisional que conduce a la satisfacción del actor. Estas disposiciones son pertinentes cuando el acreedor demandante no solo necesita la seguridad de su pretensión, sino también la imperiosa, inmediata y provisional ejecución de la pretensión. La jurisprudencia permite la disposición de prestación sólo en pocas situaciones de excepción y la vincula a estrictos presupuestos, porque las consecuencias de un cumplimiento provisional con frecuencia son irreparables. Existen tres grupos de casos en los que es admitida solo excepcionalmente la disposición satisfactoria o de prestación: 1) La entrega de una cosa tras uso indebido de la fuerza propia, 2) la omisión de violaciones jurídicas como el pago de asistencia o 3) de indemnización de daños en casos de aguda necesidad, si el presunto derechohabiente lo necesita para asegurar su existencia. Puede ordenarse por ejemplo pagos por cuotas para pretensiones corrientes de asistencia o salariales por el monto de la necesaria asistencia por una duración determinada o adelantos para gastos de asistencia facultativa y de tratamiento para evitar serios daños permanentes.¹⁷⁶

7.3. La tutela anticipada

Es aquella desarrollada por la legislación y doctrina brasileña que puede ser concedida en el curso del proceso de conocimiento, siendo viable no sólo para evitar un daño irreparable o de difícil reparación, sino también para que el tiempo del proceso sea distribuido entre la partes litigantes en la proporción de la

¹⁷⁶ La información sobre la disposición provisional ha sido tomada de: Proceso Civil Alemán de Stefan Leible. Editora Jurídica de Colombia 1998, p.537-540

evidencia del derecho del actor y de la fragilidad de la defensa del demandado. La tutela anticipatoria rompe con el principio *Nulla executio sine título*, fundamento de separación entre conocimiento y ejecución. Las pretensiones sumarias y satisfactivas del derecho material son admitidas no en forma cautelar, sino a través del referido instituto de urgencia denominado anticipación de tutela.

Problema central del capítulo

¿Las medidas temporales sobre el fondo por constituir anticipo de la pretensión principal pierden su naturaleza cautelar?

De acuerdo con lo desarrollado hasta el momento en el ámbito doctrinario, afirmamos que la tutela de urgencia anticipatoria tiene dos manifestaciones importantes y definidas: una de ellas es la tutela cautelar anticipatoria y la otra es la tutela de urgencia satisfactiva. Las medidas temporales sobre el fondo previstas en el Código Procesal Civil son la expresión específica de la tutela cautelar anticipatoria, pretender restarles carácter cautelar significaría atribuirles naturaleza autosatisfactiva y autónoma y por tanto, incursas dentro de la tutela de urgencia satisfactiva.

CAPITULO TERCERO

MEDIDAS INNOVATIVAS

Sumario: 1. Concepto. 2. Características. 3. Casos regulados en el código procesal civil. 4. Figuras afines.

"Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley." (Artículo 682 CPC)

1. Concepto

Según el Diccionario de la Lengua Española, Innovar deriva del verbo latino *innovare* que significa mudar o alterar algo, introduciendo novedades. Volver algo a su anterior estado. La frase nominal *medida cautelar innovativa*, en la terminología procesal no puede tener connotación diferente, tal como lo veremos seguidamente.

La medida cautelar innovativa es una decisión jurisdiccional cautelar excepcional dictada para restablecer el estado de hecho o de derecho que fue alterado por un acto arbitrario e ilegal. La decisión cautelar implica, por consiguiente, una modificación o cambio de la actual situación vulneratoria de los derechos del actor (*situación A*) por la situación fáctico-jurídica anterior de integridad de sus derechos (*situación B*). Las circunstancias constitutivas del hecho vulneratorio pueden presentarse como hechos dinámicos o estáticos repositivo de la situación vulnerada: en el primer caso la innovación cautelar consistirá en un no hacer; en el segundo, en un hacer.

Ya en 1944, Francesco Carnelutti sostenía, refiriéndose al proceso cautelar, que la prevención constituía una tercera finalidad del proceso junto a la finalidad

cognitoria, que él llamaba jurisdiccional, y a la ejecutiva; puesto que se trata de prevenir los daños del litigio que aquellos no pueden eliminar. Añadía luego que tal arreglo cautelar o provisional puede ser concebido en dos sentidos distintos, o mejor dicho, opuestos: en el de que se impida o en el de que, por el contrario, se determine el cambio de la situación existente, antes de la conclusión del proceso jurisdiccional o del ejecutivo. Para diferenciar las dos direcciones que podían seguir estas medidas planteó las denominaciones de *prevención conservativa* y *prevención innovativa*.

Seguidamente refiriéndose a la prevención innovativa explicaba que en efecto, existen casos en los que se comprometería el resultado del proceso, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho. Se trata de anticipar decisiones judiciales que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente lo mismo respecto del proceso de conocimiento que del proceso ejecutivo. La conciliación entre la necesidad de conducir el proceso según las exigencias de justicia y la necesidad de arreglar inmediatamente la situación se obtiene desdoblado la solución y por tanto, haciendo que una solución inmediata y provisional preceda a la solución diferida y definitiva.¹⁷⁷

En 1955 el procesalista español Manuel de la Plaza explicaba que con respecto a las medidas innovativas "...no se trata de mantener una situación, ni siquiera de restablecer la que, una vez alterada, podría tener consecuencias acaso irreparables, en el proceso de cognición o de ejecución ulterior, sino de producir una alteración en una situación de hecho anterior, que facilite la consecución de los fines que el proceso persigue."¹⁷⁸

¹⁷⁷ Carnelutti, Francesco: Sistema de Derecho Procesal Civil, T.1, UTHEA, Buenos Aires-Argentina, 1944, pp. 243-244.

¹⁷⁸ De La Plaza, Manuel: Derecho Procesal Civil Español. Vol II. Primera parte. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955. p.54.

Para Jorge W. Peyrano *"La medida cautelar innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando-sin que concurra sentencia firme de mérito-que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente"*¹⁷⁹.

En el proceso cautelar innovativo "...La técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta una modificación anticipada de una situación jurídica".¹⁸⁰

Como en el caso de las medidas temporales sobre el fondo, la medida innovativa también es excepcional, empero este carácter está referido al hecho de que sólo se concede cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley: es la última opción cautelar y siempre ante la inminencia de un perjuicio irreparable

En la legislación nacional el antecedente más acabado es la Ley N° 23506, Ley de hábeas corpus y amparo, cuyo artículo 1º establece que *"El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional"* Lograr este propósito no es sino transformar determinada situación fáctico-jurídica, es decir, ejecutar una actividad innovativa.

¹⁷⁹ Peyrano, Jorge W. "Derecho Procesal Civil de acuerdo al C.P.C peruano" Ediciones Jurídicas, Lima Perú, 1995, p.188.

¹⁸⁰ Reimundin, Ricardo: "Prohibición de innovar como medida cautelar" Buenos Aires, 1979, Editorial Astrea, pag. 19, citado por Peyrano en la obra antes citada, p. 288.

El artículo 280º del Anteproyecto del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica¹⁸¹: dispone que “Podrá el Tribunal adoptar las medidas provisionales y anticipadas que juzgue adecuadas para evitar que se cause a las partes, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.

Finalmente es precisa decir que si la restitución de la situación fáctica o jurídica cuya innovación se reclama en la demanda consiste en la materialización anticipada de la pretensión en ella postulada, estamos frente a una medida temporal sobre el fondo. Hacemos esta advertencia porque a menudo se producen confusiones entre las medidas innovativas y las temporales sobre el fondo.

El factor de confusión reiterada entre las medidas innovativas y las temporales sobre el fondo está referida a *la existencia de elementos de cambio o alteración de la situación existente*, solo que en las primeras el cambio o modificación que se solicita representa el sustento de la demanda, mas no la demanda misma; en las segundas, el cambio o innovación que se pide es la realización provisional de la pretensión postulada en la demanda, por tanto existe identidad plena entre la pretensión cautelar y la pretensión cautelada.

2. Características

Son determinadas a partir del análisis de la norma legal:

El texto del artículo 682º del CPC es el siguiente: “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la

¹⁸¹ El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, fundado en Montevideo, en las ‘Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal’, realizadas en 1957, en homenaje a la memoria de Eduardo J. Couture, a partir de sus IVª Jornadas, realizadas en Caracas y Valencia, en 1967, empezó a trabajar en la preparación de ‘Códigos Modelos’ para el proceso civil y penal con alcance en todo el continente Latinoamericano. Solamente en las XIª Jornadas, realizadas en Río de Janeiro, en mayo de 1988, fue presentado y aprobado el Anteproyecto de Código Tipo para el proceso civil.

demanda. Esta medida es excepcional por lo que solo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”.

2.1 Son excepcionales

Están investidas de este atributo porque su dictado sólo procede ante la inexistencia de otra medida cautelar apta para obtener el fin perseguido. Este rol subsidiario es compartido con las medidas de no innovar y las medidas temporales sobre el fondo. Por ello, su estimación implica una seria responsabilidad para el magistrado por lo que se requiere prudencia especial para amparo.

Esta medida cautelar a diferencia de la mayoría de las otras no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el status quo: va más allá, ordenando sin que exista sentencia firme de mérito estimatoria, que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente¹⁸². Sin embargo, esta es la razón de su especificidad y no de su excepcionalidad.

Desde una posición crítica, afirmamos que la razón de su excepcionalidad: la inaplicabilidad de otra medida prevista en la ley, nos parece innecesaria e intrascendente puesto que ninguna de las otras medidas cautelares previstas en la ley podría ser aplicada para los supuestos de procedencia de estas medidas. En efecto, el embargo, el secuestro, la anotación de demanda, las temporales sobre el fondo, las de no innovar todas tienen características, finalidades y presupuestos propios que en modo alguno podrían ser aplicados ante un requerimiento cautelar innovativo.

2.2. Son transformativas.

Pues implican un cambio o *transformación* de la situación de hecho o de derecho constitutiva del acto lesivo, vulneratoria de los derechos del actor (*situación A*) hasta lograr reponer las cosas al estado anterior *de hecho o de derecho* de integridad de sus derechos (*situación B*). Como lo dijimos precedentemente, el

¹⁸² Peyrano, Jorge W: Ob. Cit. p. 410

petitorio de la demanda principal tiene como propósito lograr *la innovación de la situación actual (situación A)*.

2.3. Se dictan ante la inminencia de un perjuicio irreparable

Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, la palabra inminente deriva del verbo latino *inminere*, que significa amenazar, luego inminente significa “Que amenaza o está por suceder prontamente”¹⁸³

Entonces el juez puede dictar medida innovativa siempre que exista amenaza o esté por suceder en breve lapso; esta circunstancia tiene que desprenderse de los hechos afirmados y suficientemente probados.

De otro lado, el perjuicio irreparable, en términos jurídicos, y en teoría, no existe, puesto que las pretensiones indemnizatorias están previstas para tal fin. Empero, en la realidad sabemos que no todo perjuicio es reparado dinerariamente: existen bienes jurídicos, como el honor, la intimidad, entre otros, cuya lesión el dinero no repara jamás. La frase nominal *perjuicio irreparable* alude a la grave afectación de los derechos del justiciable como cuando un empleado público es despedido de su centro de trabajo, o cuando una conductora de televisión se ve amenazada por una publicación inminente que revelaría sus relaciones sexuales con uno o más compañeros de intimidad; debe en estos caso presumirse que la falta de su remuneración mensual en el primer caso y la difusión de la publicación les provocará graves perjuicios contra sus derechos fundamentales, situación que justifica el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cautelar innovativa. De otro modo, el perjuicio, en la realidad, sería irreparable.

Como su principal propulsor (Jorge Peyrano) lo explica, este requisito del daño irreparable fue considerado y propuesto en los albores de la doctrina de la diligencia innovativa como valla para evitar apresuramientos a la hora de despachar tan enérgica medida precautoria; en la realidad, el grueso de la

¹⁸³ Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, 22ª edición.

jurisprudencia ha borrado la exigencia de este requisito limitándose a los requisitos comunes y corrientes.¹⁸⁴

Las ventajas que otorga esta medida para el otorgamiento de tutela de urgencia, son incuestionables, pero mal utilizada por jueces o abogados puede transformarse no sólo en un arma extorsiva, sino también en un factor de desequilibrio entre las partes y de perturbación del quehacer judicial, muchas de estas situaciones han venido produciéndose en los últimos años; en todo caso estas patologías no son imputables a la medida en sí sino a sus operadores.

2.4. Puede solicitarse y despacharse antes de iniciarse el proceso cautelado

La finalidad de estas medidas cautelares: *evitar un perjuicio irreparable*, autoriza su petición antes de iniciarse el proceso cautelado o principal, de otro modo, la tutela jurisdiccional reclamada podría resultar extemporánea e ineficaz.

Normativamente es procedente postular la demanda cautelar innovativa antes de iniciarse el proceso cautelado porque el artículo 686° del CPC así lo establece: *“puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración **vaya a ser o es** el sustento de la demanda”*. La perífrasis verbal **vaya a ser** equivale al futuro imperfecto del verbo ser: **será**; luego la demanda cautelar puede solicitarse cuando aún no existe una demanda principal interpuesta.

3. Casos regulados en el Código Procesal Civil

La redacción del texto normativo es de fórmula abierta, genérica, no restrictiva, no obstante ello, regula cuatro casos específicos: interdicción (art 683°); cautela posesoria (art. 684°); abuso de derecho (art. 685°), derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz (art. 686°).

¹⁸⁴ Peyrano Jorge: *Procedimiento Civil y Comercial* Rosario 1991, Editorial Juris, t.I, p.48

3.1 Interdicción

“El Juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada.” (Artículo 683º)

3.1.1 Procedencia

Conforme lo dispone el artículo 581° del código procesal civil, la demanda de interdicción procede en los casos referidos a incapacidad absoluta de los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (inciso 2 art.43° C.C) y de los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable(inciso 3, artículo 43° del C.C)

Asimismo procede la demanda de interdicción en los casos de incapacidad relativa, previstos, respectivamente, en los incisos 2 a 7 del artículo 44° del C.C: son los siguientes: retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos.

3.1.2. Declaración de interdicción y nombramiento de curador.

La declaración judicial de interdicción es presupuesto y condición para el ulterior nombramiento de curador del incapaz, esta es la regla contenida en el artículo 566 del C.C, textualmente prescribe “No se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44 (esta salvedad se refiere a los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil).

Sin embargo, esta salvedad no es cierta, puesto que en este caso también existe declaración judicial de interdicción sólo que es dictada en un proceso penal. Tal vez el legislador quiso decir que no se necesita seguir, previamente, un proceso civil de interdicción.

3.1.3. Trascendencia cautelar

El trámite ordinario, regular de la interdicción es el que acabamos de señalar, sin embargo, la razón de ser de la medida innovativa que comentamos trata de evitar un inminente perjuicio irreparable al incapaz, situación que autoriza al juez a adelantar cautelarmente la declaración de interdicción e incluso el nombramiento de un curador, entre otras posibilidades. Esta opción cautelar es concordante con

la regulación normativa contenida en el artículo 567° del C.C, al disponer que “El juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional”.

3.1.4. Limitación cautelar

Una limitación cautelar especial que merece destacarse es que la medida cautelar innovativa sólo puede solicitarse luego de iniciado el proceso de interdicción, y siempre que lo exija la naturaleza y alcances de la situación presentada: No puede anticiparse la pretensión cautelar al inicio del proceso de interdicción.

3.1.5. Legitimación extraordinaria

El artículo IV del código procesal civil establece que el proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar (...) No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

El artículo 583° del código civil reconoce legitimidad para iniciar un proceso de interdicción al cónyuge y parientes del incapaz, así como al Ministerio Público quien como ya se ha dicho, no requiere invocar legitimidad para obrar. Asimismo, cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública, la demanda puede ser presentada por el Ministerio Público o por cualquier persona, así lo establece el artículo 583° del código procesal civil.

3.1.6. Ruptura excepcional del principio de iniciativa de parte

El principio de iniciativa de parte, expresado a través de la expresión *nemo iudex sine actore* es omitido debido a la urgencia de la tutela cautelar a expedirse. La norma señala que “El Juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada.” (artículo 683°) Es el único

caso, en la legislación procesal civil nacional que el juez puede de oficio emitir una resolución cautelar.

3.2. Cautela posesoria

“Cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, puede el Juez disponer la paralización de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.” (artículo 684º)

3.2.1. Aspectos sustantivos

Conforme lo dispone el artículo 921 del Código Civil todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él.

Las pretensiones posesorias judiciales en general comprenden a todas aquellas pretensiones que tienen por objeto a la defensa de la posesión sea esta inmediata o mediata, sea que estén destinadas a su mantenimiento o a su reintegración. Para el primer caso existen los interdictos con alguna excepcionalidad tratándose del interdicto de recobrar; para el segundo caso, el desalojo o la reivindicación. En el caso que nos ocupa: la cautela posesoria está relacionada directamente con el interdicto de retener.

El interdicto de retener, normado por el artículo 606º del CPC procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión. La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos. La sentencia, si estimase la demanda, tendrá que ordenar el cese de los actos perturbatorios (artículo 607º del

CPC) que en todos los casos tiene efecto y carácter innovativo para mantener finalmente la posesión., tal como lo explicaremos posteriormente.

3.2.2. Aspectos procesales

La cautela posesoria no es sino la versión cautelar de los artículos 606º y 607º del mismo código. Esta medida cautelar está referida a las defensas posesorias inmediatas que pueden ser ejercidas por el poseedor legítimo, ilegítimo de buena fe, precario, el propietario, para mantener la posesión que eso puede ser objeto de perturbación.

Situaciones previstas:

Tanto la norma sustantiva como la procesal, en esencia, describen dos supuestos fácticos que perturban o dañan propiedad o la posesión y que por tanto merecen tutela cautela posesoria innovativa:

Primer supuesto:

Existencia de una obra en ejecución con la que se daña la propiedad o posesión del demandante.

La pretensión cautelar o situación deseada que vendría a ser el efecto innovativo se traduce en la paralización, cese de la obra. El cambio o alteración de la situación de hecho o de derecho existente, la innovación, consiste en pasar de una situación dinámica a una situación estática o cese, precisamente para mantener la situación preexistente al momento de perpetrarse el acto lesivo. La tutela cautelar queda materializada al ejecutarse la orden de paralización de la edificación.

Es pertinente precisar un aparente alcance restrictivo de la norma procesal cuando considera como requisito de procedibilidad de esta cautela posesoria, que la demanda persiga la *demolición de una obra en ejecución* que daña la propiedad o la posesión del demandante; sólo ante este supuesto el Juez podría *disponer la paralización de los trabajos de edificación*; siendo que la norma sustantiva precisa

que la perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras. Las frases: *demolición de obra y trabajos de edificación* podrían inducir a creer que la cautela posesoria sólo precede cuando la perturbación se produce mediante la ejecución de obras civiles.

Pues bien, consideramos que tal restricción de la norma procesal es sólo aparente, desaparece con el examen del significado de los términos *demolición, obra, edificación y fabricación*. Veamos:

Según el Diccionario de la Lengua Española *demolición* es *acción y efecto de demoler*, término que a su vez significa *deshacer, derribar, arruinar*. El vocablo *Obra* contiene doce acepciones, de las que sólo nos interesan cuatro: *cosa hecha o producida por un agente; edificio en construcción; lugar donde se está construyendo algo o arreglando el pavimento; labor que tiene que hacer un artesano*. *Edificación* es *acción y efecto de edificar* que a su vez significa *fabricar, hacer un edificio o mandarlo a construir*. Finalmente *fabricar* significa *producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos, construir un edificio, un dique, un muro o cosa análoga; elaborar*.

Entonces, la expresión *demolición de obra*, no se limita únicamente a deshacer una obra civil sino a todo aquello que consista en deshacer, derribar, o arruinar cosa hecha o producida por un agente. Del mismo modo paralizar *los trabajos de edificación* como contenido de la decisión cautelar no se refiere sólo al cese de trabajos de construcción de edificios sino a obras de diversa índole.

Pueden considerarse situaciones perturbatorias o dañosas de la propiedad o posesión, entre otras, aquellas que a menudo se producen a causa de la vulneración de las limitaciones que por razones de vecindad la norma civil impone a los propietarios o poseedores de predios colindantes, entre las que cabe mencionar las siguientes:

- a) Pasar material o colocar andamios en predio ajeno para construir o reparar un edificio sin el consentimiento del propietario del predio afectado (960)

- b) Perjudicar las propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes, con humos, hollines, emanaciones, ruidos, trepidaciones y molestias análogas que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias (961 CC).
- c) Abrir o cavar en su terreno pozos susceptibles de causar ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina o de perjudicar las plantaciones en ella existentes (962 CC)
- d) Construir horno, chimenea, establo u otros similares o depósito para agua o materias húmedas, penetrantes, explosivos o radioactivos o instalar maquinaria o análogos, sin observar las distancias y precauciones establecidas por los reglamentos respectivos y, a falta de éstos, las que sean necesarias para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos. (963 del CC)
- e) Hacer que las aguas correspondientes al predio discurren en los predios vecinos, sin existir consentimiento o pacto alguno (964 del CC).

El Código de Procedimientos Civiles abrogado regulaba este caso bajo la denominación de interdicto de obra nueva.

Segundo supuesto

“La eventual la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.”

Este caso se refiere al peligro que representa la inminente caída de una obra o edificación en estado ruinoso o en situación de inestabilidad por problemas de construcción. Ante esta situación quien se considere afectado por esta inminente amenaza, vía interdicto de retener, puede solicitar al juez que ordene en el proceso cautelado o principal la demolición o destrucción de la edificación en ruinas

Cautelarmente el juez podrá ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída del bien en estado ruinoso o en situación de inestabilidad. Entre las medidas de seguridad o preventivas podría

disponerse, según el caso, su inmediato reforzamiento, su reparación e incluso su demolición. Sobre el particular el artículo 956º del Código Civil dispone que “Si alguna obra amenaza ruina, quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas.”

El carácter innovativo de esta medida se traduce en la reposición del estado hecho representado por una nueva situación de seguridad en la que queda eliminada toda amenaza. En este caso es la situación estática amenazante, potencialmente lesiva, la que por decisión judicial tiene que ser modificada; el fenómeno innovativo en este caso va de una situación estática a una dinámica cuya resultante es la nueva situación de preservación de la propiedad o posesión. (Ver Expediente 0091-2004-AA/TC Callao)

3.3. Abuso de derecho

“Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable.” (*Artículo 685º*)

Comentario:

Como lo señala el artículo II, del título preliminar del Código Civil, “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.¹⁸⁵

No obstante ser esta norma el sustento jurídico sustantivo de la pretensión destinada a lograr el cese del ejercicio abusivo de un derecho; adolece de una grave limitación: es restrictiva respecto a la oportunidad. En efecto, según esta norma el momento a partir del cual puede reclamarse el cese del ejercicio abusivo de un derecho es la postulación de la demanda indemnizatoria u otra pretensión. El texto anterior, siendo genérica no contenía tal restricción, decía: “El interesado

¹⁸⁵ El texto transcrito es la última versión conforme a la modificación introducida por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo Nº 768, publicado el 04-03-92 y la del Artículo 5 del Decreto Ley Nº 25940, publicado el 11-12-92.

puede exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización que corresponda”; conforme a esta regulación, la indemnización venía a ser la pretensión accesorio y no la principal, no condicionaba la posibilidad de reclamar jurisdiccionalmente el cese del ejercicio abusivo del derecho a la interposición de una demanda indemnizatoria”. Esta regulación corresponde al año 1984, la modificación que cuestionamos se produjo el año 1992.

Desafortunadamente, el artículo 685º del CPC sigue la misma orientación del artículo II del título preliminar del CC, limita la posibilidad de solicitar medida cautelar a la interposición de la demanda, restringe así los alcances y finalidad de las medidas innovativas, máxime cuando la finalidad es evitar la consumación de un perjuicio irreparable, precisamente por el ejercicio abusivo de un derecho.

Ante la solicitud de una medida cautelar innovativa, previa a la interposición de la demanda reclamando el cese del ejercicio abusivo de un derecho, consideramos que el juez tendría que amparar la pretensión cautelar, siempre que reúna los requisitos esenciales de toda medida cautelar, debiendo en tal caso invocar, en especial, el artículo 682º del CPC pues *“Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda”*. Sólo así se estaría otorgando tutela jurisdiccional efectiva de urgencia.

3.4. Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz

“Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.” (Artículo 686º)

3.4.1. El derecho a la intimidad

Explica el maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego, que la intrusión en la esfera de la intimidad de la persona ocasiona a la víctima serios daños, ya que ella carecería del equilibrio psíquico necesario para hacer su vida, en dimensión comunitaria, si no contase con quietud y sosiego psicológicos, con una elemental tranquilidad espiritual, con la seguridad de que los actos de su vida íntima no son ni escudriñados ni divulgados. Estas mínimas condiciones de existencia se verían profundamente perturbadas si la intimidad de la vida privada se pusiese de manifiesto y fuera objeto de intrusión y publicidad, sin mediar un justo interés social¹⁸⁶.

En la actualidad, la intimidad personal, pese a la existencia de legislación supranacional y nacional, recibe permanentemente, y en diversos lugares del planeta, un sinnúmero de atentados, cuya gravedad se incrementa ostensiblemente debido al empleo de la tecnología que multiplica sus manifestaciones y extiende sus efectos, “La intimidad es el bien más amenazado y desprovisto de una enérgica tutela en todas sus facetas”¹⁸⁷

El derecho a la intimidad constituye el reconocimiento normativo de la intimidad considerada como el núcleo o zona más reservada de una persona. Está constituido por todas aquellas actitudes, circunstancias, pensamientos, conductas, hábitos, etc. que sólo importan y tienen trascendencia para la persona. Pertenecen a una esfera restringida que, por su naturaleza y calidad, el titular de este derecho las mantiene ocultas, no quiere que trasciendan o sean conocidas por otros.

La Sentencia del Tribunal Constitucional español del 22 de abril de 1993 precisa que “El atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de

¹⁸⁶ Fernández Sessarego Carlos, Derecho de la persona. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del código civil peruano, Librería Studium Editores, Lima – Perú, 1988, 3ª. Edición, p. 59

¹⁸⁷ Díez Picazo y Gullón Ballesteros, citados por Delis Matilde Ferreira Rubio en “El derecho a la intimidad” p. 9.

injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusistas, como a la divulgación ilegítima de esos datos”¹⁸⁸.

Legislación supranacional

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, ratificado por el Perú el 03 de octubre de 2006. “*Artículo 17.1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación; 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*”

Convención Americana de Derechos Humanos aprobada por la OEA en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Perú el 28 de julio de 1978, reproduce lo esencial de la norma antes citada: “*Artículo 11.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o reputación, 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*”

Legislación nacional

Constitución Política: “Artículo 2º “*Toda persona tiene derecho: 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias*”.

Código Civil.- Más que regular los contenidos del derecho a la intimidad personal y familiar, a la imagen y la voz, establece los parámetros de protección de los mismos, en los siguientes términos:

“*La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden*”. (Artículo 14 del CC).

¹⁸⁸ Citado por Ana Laura Cabezuelo Arenas en “Derecho a la Intimidad” p.32

”La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”. (Art. 15 del CC).

El artículo 17° del Código Civil reconoce el ejercicio del derecho de acción para el reclamo de tutela jurisdiccional ante la violación de cualquiera de los derechos de la persona (...), confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria.

Atentados contra la intimidad.

La tutela de la intimidad personal y familiar comprende distintas situaciones que requieren de la respectiva cobertura normativa y jurisdiccional frente a atentados que pueden subsumirse en la intrusión en la esfera de la intimidad o en la divulgación de de cualquier aspecto referido a ella, por lo que las conductas lesivas adoptan las siguientes modalidades:

El Atentado por difusión se produce con la divulgación por cualquier medio de alguna de las manifestaciones de la intimidad: datos, hechos o situaciones protegidos por la reserva.

El atentado por conocimiento se produce cuando el derecho a la intimidad se ve atacado por el simple tomar conocimiento de los hechos o situaciones protegidas, aunque no se siga la difusión de los datos conocidos. El atentado -explica Fernández Sessarego- se produce por el despliegue de actitudes que suponen curiosear y entrometerse en la intimidad de la vida privada

o represente una invasión un hurgamiento o búsqueda indebida en bienes o propiedades de la persona, sin que medie un interés público¹⁸⁹.

3.4.2. El derecho a la imagen.

Es uno de los derechos de la personalidad y tiene independencia funcional con respecto a los demás y en particular, respecto al derecho a la intimidad. Es el derecho que toda persona tiene para disponer de su apariencia autorizando o no la captación y difusión de la misma. Constituye un bien jurídico autónomo, un derecho distinto al de la vida privada; no obstante, a través de la imagen puede cometerse un atentado contra la intimidad.

Derecho a la protección de la voz.

Por lo general, la voz es el instrumento utilizado para realizar una comunicación interpersonal aunque se desarrolle la conversación en un lugar público. De manera que en materia de atentado a la intimidad por medio de la captación de la voz la regla general será que la tutela continúa en toda su amplitud aun cuando la charla se lleve a cabo en un lugar público. La protección de la voz y la imagen se produce por ser aspectos vinculados a la esfera de la intimidad de la persona.

Delia Matilde Ferreira Rubio, propone el siguiente ejemplo: Una persona graba la voz de un famoso tenor mientras éste ensaya o cuando canta ante un grupo reducido, en un acto de una asociación o de una escuela; el que ha registrado la grabación la reproduce; ¿tendrá, el tenor, alguna acción? ¿Defenderá su derecho a la voz o su derecho a la intimidad? Obviamente tutelaré su derecho a la propia voz y podrá solicitar la reparación de los daños morales y patrimoniales pertinentes. Si la grabación corresponde a conversaciones privadas mantenidas por dos personas, los sujetos intervinientes tendrán derecho a reclamar la protección del ordenamiento jurídico como una aplicación de la tutela reservada a la intimidad.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Fernández Sessarego Carlos: Ob. Cit. p. 60.

¹⁹⁰ Ferreira Rubio Delia: "El derecho a la intimidad", Editorial Universidad S.R.L. p.119

3.4.5. Tratamiento procesal.

Son dos los escenarios a examinar; por una parte, la pretensión a postularse en el proceso principal o cautelado; por la otra, la pretensión propiamente cautelar.

En el proceso principal, se presentan dos escenarios posibles:

En el primero, el acto lesivo se encuentra en su fase dinámica, manifiesta. La pretensión principal a postularse no podría ser otra que el cese del acto lesivo: prohibir la difusión de todo aquello que atente contra la intimidad la imagen o la voz (lesión por difusión) prohibir todo acto de intromisión en el ámbito reservado de la intimidad (lesión por conocimiento). La pretensión accesorio sería el pago de una indemnización por el daño ocasionado.

En el segundo escenario, estamos frente a una lesión ya consumada. La pretensión a postularse tendría que ser la restitución de todo aquello que contuviera aspectos, datos, circunstancias, hechos pertenecientes a la espera de la intimidad, la imagen o la voz, como forma de restablecer el derecho lesionado. Accesorio tendría que postularse el pago de una indemnización como única forma de reparar o resarcir el daño ocasionado. De acuerdo con el caso juzgado también podría solicitarse la publicación de la sentencia.

En el proceso cautelar, el artículo 686° del CPC dispone que *pueda el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada*. Por la naturaleza del derecho lesionado debe adoptarse medidas de urgencia de acuerdo con la modalidad de la lesión o atentado. Si el atentado fuese por difusión tendría que disponerse todas las medidas destinadas a reponer el estado de hecho o de derecho cuya modificación sería o es postulada en la pretensión central. En este sentido el juez podrá prohibir la impresión, edición, reedición, circulación del documento con el contenido lesivo; en general, impedir la difusión por cualquier medio de todo mensaje que atente contra la intimidad, la imagen o la voz, de ser el caso podrá incluso ordenar el secuestro de los documentos o materiales y soportes de los mismos. En suma, la medida adoptada tendría que ser adecuada a las circunstancias del caso.

Ferreira Rubio da cuenta de dos famosas decisiones de la jurisprudencia francesa por las que, precisamente, se ordenó el secuestro de todos los ejemplares de un diario que contenía informaciones y fotografías atentatorias contra la intimidad¹⁹¹, el argumento central para la procedencia de la medida fue que si la publicación no era inmediatamente retirada de la venta, la sentencia de fondo no daría lugar más que a una reparación indirecta e incompleta; y que la reparación a posteriori siempre resulta insuficiente en los casos de atentados contra la intimidad.

En 1963, una película en la que se exponía aspectos de la vida íntima, amorosa y sexual de Benito Mussolini y Claretta Petacci, después de su trágico fallecimiento, sin contar con el asentimiento de sus familiares más cercanos, mereció la sentencia de la Corte Suprema amparando la intimidad violada. El fallo dejaba sentado que la divulgación de noticias sobre la intimidad de una persona era lesiva a la libertad de autodeterminación en el desarrollo de la personalidad del hombre como individuo.¹⁹²

Santos Cifuentes acudiendo a la jurisprudencia francesa cita el caso de la vida sentimental de Carolina de Mónaco. El Tribunal de Gran Instancia en sentencia de 1977 resolvió que las aventuras amorosas de Catherine Deneuve no debían ser llevadas a conocimiento público.

En el país tenemos el caso “La señorita” de la ex vedette y ex conductora de televisión Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez quien ante la inminente divulgación del volumen 2 de “La Señorita” en el que su ex modelo y ex pareja Carlos Alberto Vidal Andrade difundía su vida íntima tanto familiar como personal interpuso demanda en proceso de conocimiento contra Carlos Alberto Vidal Andrade y la empresa San Borja Ediciones S.A.

En el proceso principal (proceso de conocimiento) Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez postuló, acumulativamente, como pretensión principal la

¹⁹¹ Casos “Gérard Philippe” y Gunther Sachs” citados por Lindon Raymond.

¹⁹² Bigliuzzi Geri, Lina-Breccia, Umberto-Busnelli, Francesco-Natoli, Ugo: Diritto Civile, 1986, p. 174, citado por Carlos Fernández Sessarego en su Informe obrante en el expediente 1999-4643 (caso Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez).

inmediata cesación de los actos lesivos atentatorios contra su intimidad personal y familiar; accesoriamente postuló la pretensión indemnizatoria de US\$1'000,000.00 más intereses legales.

El proceso concluyó mediante sentencia estimatoria de fecha 26 de octubre de 1999¹⁹³; ordenó que los demandados Carlos Alberto Vidal Andrade y San Borja Ediciones S.A cesen definitivamente en los actos lesivos que atentan contra la intimidad personal y familiar de la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez, prohibiéndoseles a los referidos demandados la impresión, reimpresión, edición, reedición, publicación, distribución y/o comercialización en forma parcial o total del libro titulado “La señito”, o bajo cualquier otro título. Ordenó que los demandados Carlos Alberto Vidal Andrade y San Borja Ediciones S.A paguen en forma solidaria a la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez el equivalente en moneda nacional de US\$ 500,000.00 al tipo de cambio a la fecha de su pago por concepto de indemnización por el daño moral causado, más intereses legales; costas y costos del proceso. Transcribimos a continuación los considerandos más importantes:

Segundo.- Que la controversia del presente proceso se circunscribe en determinar: *primero*, si la historia narrada por el codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade en el libro “La Señito”, editado por la codemandada San Borja Ediciones S.A., ha sido impreso, publicado y distribuido con el asentimiento de la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez; *segundo*, si la historia narrada por el co-demandado Carlos Alberto Vidal Andrade y distribuida por la codemandada San Borja Ediciones S.A., atenta contra la intimidad personal y familiar de la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez; *tercero*, si los demandados Carlos Alberto Vidal Andrade y San Borja Ediciones S.A. como consecuencia de la impresión, edición, ubicación y distribución del libro titulado “La Señito” se encuentran obligados a pagar a la demandante la cantidad de un millón de dólares americanos por concepto de indemnización por el daño moral sufrido.

¹⁹³ Desafortunadamente, la sentencia de mérito, no fue revisada por la Sala Superior, esta declaró nulo el concesorio e inadmisibile el recurso de apelación por tasa diminuta: el apelante no pagó el monto correspondiente a la tasa de apelación.

Tercero.- Se encuentra acreditado de autos que el codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade es autor del libro “La señito”, que fue editado, publicado y distribuido por la codemandada Ediciones San Borja S.A., en el que se narra aspectos íntimos de la relación sentimental sostenida por el referido autor y la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez; ejemplar que corre de fojas cuatro a cuarenta y nueve de autos.

Cuarto.- Que para todo ello, no ha existido autorización expresa de la actora, así como tampoco autorización tácita, puesto que el tener conocimiento de un simple rumor de la colectividad en cuanto a posible existencia del libro o su publicación, de ninguna manera configura asentimiento.

Quinto.- Que del libro titulado “La Señito” apreciamos que el codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade ha tomado como protagonista a la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez quien aparte de ser mencionada expresamente con nombres y apellidos en el prólogo como **“Este pequeño preámbulo no puede corresponder a otros personajes que no sean la ya mítica Gisela Valcárcel y al hombre...”** (Prólogo libro LA SEÑITO), también conjuntamente con su familia hasta en dos oportunidades, a decir : **“Gisela Valcárcel con su carita de comprensiva hasta condescendiente ante cámaras, es muy pertinaz en sus cosas”**(LA SEÑITO, pág. 37), **“...aunque a nadie de la familia Valcárcel Álvarez le era indiferente las peleas entre nosotros.”** (LA SEÑITO, pág. 75) y por su primer nombre en reiteradas oportunidades, con lo cual no queda duda en el juzgador que la demandante es la misma persona referida en la obra, y que al girar toda la historia alrededor de este personaje, la parte demandada mal puede sostener que el protagonista sea el propio autor y que la obra narre pasajes de su vida propia y calificarla de autobiográfica. Cabe agregar a lo anteriormente expuesto que la obra lleva por título “La señito”, seudónimo que permite identifica plenamente a la demandante, quedando además indiscutiblemente evidenciada la identidad de la misma con la imagen de la portada.

Sexto.- Que en el mismo sentido de los medios probatorios actuados puede apreciarse que a raíz de la publicación de la obra la persona de la demandante y los temas y pasajes referidos en la misma han sido objeto de innumerables reportajes periodísticos ya sea en la prensa escrita como televisiva, lo cual da cuenta del gran revuelo y divulgación que ha tenido la obra materia de la demanda, con lo cual se expande a límites incalculables el alcance que ha tenido la difusión de su vida privada que es puesta de manifiesto con la publicación en mención, más aún teniendo en cuenta la condición de persona pública de la demandante, quien no por ello tiene disminuido su derecho a la protección de su intimidad.

Sétimo.- Que de lo expresado en el escrito de demanda se tiene que la demandante solicita tutela jurisdiccional al haberse visto vulnerados sus derechos personales a la intimidad personal y familiar e imagen propia, protegidos constitucionalmente en el artículo segundo de nuestra Constitución Política del Perú y por los artículos catorce y quince del Código Civil, siendo el caso que mediante el artículo diecisiete del mismo Código también invocado por la actora se expresa la procedencia de la acción iniciada con el fin de exigir la cesación de los actos lesivos de la intimidad personal y la correspondiente indemnización a que da lugar. Del mismo modo, según se desprende del artículo quince invocado, no es el caso que con la publicación del libro materia de la demanda, se haya incurrido en las excepciones previstas en el mismo, por cuanto si bien es cierto que la obra está referida a una persona notoria, lo narrado no está relacionado con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público, no habiendo la parte demandada acreditado en forma fehaciente tal posibilidad.

Octavo.- Que a mayor abundamiento debemos señalar que no por tratarse de una persona pública y notoria que eventual y voluntariamente haya referido en público pasajes de su vida persona e íntima, se puede entender que cualquier persona ajena a ella y sin la correspondiente autorización pueda libremente, considerando la conducta y condición de la persona

expresar en público pasajes que supongan entrometerse en su esfera personal e íntima, por cuanto tal intromisión vulnera frontalmente el derecho constitucional, además protegido internacionalmente, de la intimidad e identidad personal, independientemente de considerar si se daña su honor o reputación personal, lo cual no es materia de la presente demanda.

Noveno.- Que de lo expuesto por la demandante y de los medios probatorios actuados, sobre todo los vídeos y las publicaciones periódicas que en abundancia corren en autos, se tiene certeza que con la publicación del libro “La señoito” la imagen de la demandante ha sido aprovechada con fines económicos sin contar con su asentimiento expreso, tal como ha sido referido anteriormente.

Décimo.- Que, entonces pues, habiéndose violado los derechos de la actora a la intimidad personal y familiar, así como también, un aprovechamiento de su imagen, es amparable la petición de la actora para que en forma definitiva cesen esos actos lesivos.

Undécimo.- Que de conformidad con el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo; correspondiéndole al autor el descargo por la falta de dolo o culpa.

Duodécimo.- Que conforme se desprende de la doctrina nacional, el daño moral está referido al daño a la persona, aquel que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los derechos de la personalidad o derechos a la persona.

Décimo tercero.- Que no cabe ninguna duda que el derecho a la intimidad garantizado por el artículo dos, inciso séptimo de la Constitución Política del Estado es un derecho de la personalidad que consiste en que todos deben guardar reserva de los detalles de la vida de cada uno de los demás en cuanto pertenecen a la esfera de su vida individual o familiar.

Décimo cuarto.- Que conforme a lo expresado en los considerandos precedentes, se encuentra acreditada la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la publicación del libro “La señito”, cuyo autor y editores se encuentran identificados y el daño ocasionado a la demandada.

Décimo quinto.- Que tal como lo prescribe el artículo mil novecientos ochenta y cuatro del Código Civil, el daño moral, considerando líneas arriba como daño a la persona, es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia; en el presente caso, debe tenerse muy en cuenta para fijarse la indemnización, que al ser la publicación del libro “La señito” el medio por el cual se vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar de la persona de la demandante, al no haberse contado con la autorización de la demandante para tal publicación, sintiéndose por consiguiente afectada por la develación de su intimidad personal y familiar, por lo cual invoca una reparación dineraria por el daño moral sufrido, y además, que dicha situación se ha visto agravada con el impacto causado en los demás medios de prensa, provocado por la misma parte demandada impulsada simplemente con un ánimo de lucro aprovechándose en el caso particular de la notoriedad de la persona.

En el proceso cautelar solicitó al órgano jurisdiccional medida innovativa consistente en:

1.- “Que se ordene a San Borja ediciones S.A. o cualquier otra empresa, entidad o persona, la inmediata suspensión de la impresión, reimpresión, reedición, publicación, comercialización y/o distribución a través de cualquier medio y/o por intermedio de cualquier persona o entidad en especial a San Borja Ediciones S.A. y a Carlos Alberto Vidal Andrade (autor) del libro titulado “LA SEÑITO”, editado y distribuido actualmente por San Borja Ediciones S.A., a través del diario REFERENDUM”.

2.- “Que se prohíba a San Borja Ediciones S.A. y a Carlos Alberto Vidal Andrade la realización de cualquier cesión de derechos, cesión de posición contractual o cualquier acto de disposición sobre los derechos de imprimir,

reimprimir, reeditar, publicar, comercializar y/o distribuir por cualquier medio la obra “LA SEÑITO” hasta que se resuelva el juicio principal que esta cautelar origine.”

La pretensión cautelar fue admitida íntegramente mediante auto de fecha 26 de febrero de 1999; la decisión cautelar fue la siguiente:

“A) Se ordena a San Borja Ediciones S.A, a Carlos Alberto Vidal Andrade o cualquier otra empresa, entidad o persona, la inmediata suspensión de la impresión, reimpresión, reedición, publicación, comercialización y/o distribución a través de cualquier medio y/o intermedio de cualquier persona o entidad, de la totalidad o parte del libro titulado “La señoito”.

B) Se prohíbe a San Borja Ediciones S.A y a Carlos Alberto Vidal Andrade la realización de cualquier cesión de derechos, cesión de posición contractual o cualquier acto de disposición sobre los derechos de impresión, reimpresión, reedición, publicación, comercialización y/o distribución por cualquier medio, de parte o totalidad del libro titulado “La Señoito”

Las consideraciones contenidas en el auto de primera instancia son de mero trámite, rutinarias, adolecen de liviandad argumental, a diferencia de las contenidas en el auto superior de fecha 14 de junio de 1999 , confirmatorio del auto apelado que sí presentan alguna consistencia; leamos:

“Primero.- Que para la concesión de toda medida cautelar es necesaria la existencia de requisitos genéricos como son: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la contracautela; teniendo la providencia cautelar entre otras características la de ser provisoria, es decir, que sin necesidad que se haya expedido fallo definitivo, puede ocurrir que las situaciones probatorias que inicialmente convencieron al juez para dictarla se hayan desvanecido.

Segundo.- Que en el caso de autos se ha solicitado la adopción de la medida cautelar innovativa, por lo que es necesario examinar si esta cuenta con las exigencias ya señaladas y además con la característica propia, cual es, el perjuicio irreparable inminente;

Tercero.- Que de la lectura exhaustiva de la obra “La señito” cuyo texto obra en copia de fojas uno a fojas cuarenta y cinco se puede entrever que la narración contenida en la aludida publicación se refiere a hechos relacionados entre la autora y el emplazado, pues basta apreciar el prólogo y las diversas secuencias para suponer válidamente que el libro publicado por el demandado se refiere a la persona de la pretensora ya que se le identifica a través de toda la redacción con la conductora del programa de televisión “Aló Gisela”, el que en nuestro panorama televisivo sólo ha sido conducido por la demandante, todo lo que constituyen suficientes hechos que conllevan a este colegiado a determinar que el derecho respecto del cual se pide cautela cumple con el *fumus bonis juris* (verosimilitud del derecho invocado).

Cuarto.- Que de lo glosado precedentemente es evidente el peligro en la demora, pues de no concederse de inmediato originaría mayores perjuicios, requisito éste que conjuntamente con la contracautela ofrecida han sido satisfechos.

Quinto.- Que, sin embargo, para dar amparo a la medida cautelar es también necesaria la existencia del perjuicio irreparable inminente, el que se configura teniendo en cuenta que al no impedirse en forma inmediata la impresión, reimpresión, publicación y/o distribución de la obra referida, la intimidad personal e imagen de la solicitante resultarían vulnerados, que sea posible resarcimiento monetario a futuro por los probables daños causados, a tenor del artículo 682° del Código Procesal Civil.

Sexto.- Finalmente, es menester señalar que en relación al derecho a la intimidad, la amenaza verosímil de menoscabo o violación puede crear,

según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva, así como la protección jurisdiccional;...”

EXP. N.º 0091-2004-AA/TC

CALLAO

FIDEL ESTEBAN

REYNOSO MARTÍNEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de noviembre de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Fidel Esteban Reynoso Martínez contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas 442, su fecha 15 de octubre de 2003, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de junio de 2002, el recurrente, denunciando la amenaza y violación de su derecho de propiedad, interpone demanda de amparo contra la empresa Nextel del Perú S.A., solicitando que se disponga el retiro de la estación base de telecomunicaciones, instalada en la azotea del inmueble de su propiedad, y se le otorgue una compensación económica por los daños y perjuicios ocasionados. Manifiesta que en mayo de 2001 arrendó la azotea de su inmueble a la demandada, a fin de que instale una estación de telecomunicaciones; que la falta de mantenimiento de la instalación dio lugar a que se produjeran daños en el mismo; y que le remitió una carta dando cuenta de la situación, y también realizó algunos trámites administrativos en la Municipalidad Provincial del Callao. Añade que a la fecha de interposición de la demanda la emplazada no ha retirado las

instalaciones, lo cual viene generando daños, y que existe la amenaza cierta e inminente de afectación de su propiedad ante posibles derrumbes.

La emplazada manifiesta que la demanda carece de total asidero; que el amparo no es la vía idónea para resolver la controversia debido a su carencia de estación probatoria; y que el petitorio de la demanda no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. Alega, además, que no ha violado el derecho de propiedad, pues el actor aceptó expresamente la instalación de la base de telecomunicaciones en su propiedad, y que, en realidad, el móvil del recurrente es incumplir el contrato celebrado en su momento.

El Quinto Juzgado Civil del Callao, con fecha 8 de abril de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que en autos no se ha acreditado la existencia de una amenaza o violación del derecho de propiedad del recurrente.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por estimar que la controversia debe ventilarse en un proceso que cuente con etapa probatoria.

FUNDAMENTOS

1. Según se aprecia a fojas 78 de autos, la demanda tiene dos pretensiones: que Nextel del Perú S.A. retire la estación base de telecomunicaciones instalada en el inmueble de propiedad del recurrente; y que se ordene a la demandada le otorgue una compensación económica por los daños y perjuicios ocasionados.
2. En principio, conforme a lo expuesto por la demandada, tanto la resolución de un contrato como resultado del incumplimiento de una de las partes, como el pago de una indemnización, son controversias que no corresponden ser dilucidadas en sede constitucional, dado que requieren de actividad probatoria y no comportan la violación del contenido directamente protegido de un derecho constitucional.
3. Consecuentemente, tal extremo de la demanda –que se otorgue una compensación económica por los daños y perjuicios que eventualmente se ocasionen– debe ser desestimado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer, en todo caso, en la vía arbitral, de conformidad

con lo dispuesto por la Cláusula 12 del contrato de arrendamiento que en copia corre de fojas 6 a 12 de autos.

4. Respecto a la primera pretensión –de que se disponga el retiro de la estación de telecomunicaciones porque se amenaza la propiedad del demandante–, este Tribunal estima que los derechos constitucionales que se están amenazando son los derechos a la vida y a la integridad física, no sólo del recurrente, sino de quienes viven en las cercanías, dado que, para el funcionamiento de la estación de telecomunicaciones, se ha instalado en la azotea del inmueble de propiedad del actor –que está destinado al servicio de hospedaje– una Torre Digital o Antena de 10 toneladas de peso, arriesgándose la integridad de los usuarios.

5. Por tal razón, en atención al artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional –que dispone que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente– y al tiempo transcurrido desde la fecha de interposición de la demanda, el Tribunal Constitucional considera no sólo pertinente, sino de ineludible responsabilidad, ingresar a evaluar el fondo de la controversia, a fin de evitar una eventual irreparabilidad por los graves daños que podrían ocasionarse.

6. La emplazada expresa que no es posible actuar medios probatorios dado que el proceso de amparo carece de estación probatoria como, en efecto, lo dispone el artículo 9° del Código Procesal Constitucional. Al respecto, debe precisarse que dicho precepto no implica, en modo alguno, que este Colegiado no pueda valorar, y merituar, debidamente, las pruebas aportadas por las partes, y más aún si se trata de una pretensión como la planteada en autos, en la que se denuncia una inminente y grave amenaza de derechos constitucionales.

7. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en las STC N.° 0976-2001-AA/TC y N.° 1797-2002-HD/TC, en las cuales sostuvo que la inexistencia de una estación de pruebas se debe a que en estos procesos no se dilucida la titularidad de un derecho, sino sólo se restablece su ejercicio, y que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar, en

esencia, sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional, agregando que si bien es correcto afirmar que en el amparo no existe estación probatoria, con ello, en realidad, no se está haciendo otra cosa que invocar el artículo 13.º de la Ley N.º 25398 (hoy, artículo 9º del Código Procesal Constitucional). No es ese, desde luego, el problema, sino determinar si la inexistencia de la susodicha estación probatoria impide que el juez constitucional expida una sentencia sobre el fondo del asunto. Por tanto, este Tribunal reitera que no sólo puede, sino que debe evaluar el fondo de la controversia de autos.

8. Por otro lado, dado que la demanda se sustenta en una presunta amenaza de derechos constitucionales, es pertinente recordar que este Colegiado ha precisado en reiterada línea jurisprudencial [cf. STC N.º 2593-2003-AA/TC] que, para ser objeto de protección a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una violación concreta.

9. En el caso de autos se aprecian tales condiciones. Así, el Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS, de fojas 30, emitido por la Municipalidad Provincial del Callao, da cuenta de la existencia de daños en el inmueble del demandante y de deficiencias técnicas de la instalación, precisando que “Las columnas del tercer nivel no han sido las adecuadas para servir de apoyo a la antena instalada en la azotea (...) no habiéndose diseñado para la carga que está soportando actualmente”. Asimismo, obran en autos el Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPSO-DDC, de fojas 329, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la

Municipalidad Provincial del Callao; el Informe elaborado por el Laboratorio de ensayo de Materiales de la Facultad de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI), que corre de fojas 332 a 404, respecto de la evaluación de los daños presentados en el predio de propiedad del actor; el Informe N.º 029-2005-MPC-GGDU-GO-LEMG, emitido por la Gerencia de Obras de la Municipalidad Provincial del Callao; y la Resolución Gerencial N.º 127-2005-MPC/GGDU, del 22 de julio de 2005, expedida por la Gerencia General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao.

10. Los informes precitados otorgan suficiente convicción a este Colegiado respecto de la existencia de una amenaza cierta y de inminente realización, pues todos coinciden en las siguientes observaciones:

a) La edificación del predio del actor carece de la capacidad de soporte necesaria para resistir el peso de la Torre Digital (10 t) instalada por la Empresa Nextel, pues su diseño estructural (construcción irregular y asimétrica) resulta deficiente para recibir cargas adicionales. (Informe UNI de fojas 333,336 y 371, Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS e Informe Técnico N.º 613-2003-MPCDGPSO-DDC, emitidos por la Municipalidad Provincial del Callao).

b) La instalación asimétrica de los apoyos de la Torre, sobre las columnas del predio, trasmite cargas adicionales a la losa aligerada, presentando la edificación un comportamiento flexible (deformación). (Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS de la Municipalidad Provincial del Callao e Informe UNI de fojas 335).

c) Los anclajes de la torre resultan deficientes, pues los pernos no tienen la longitud establecida por las normas. Asimismo, algunos pernos se encuentran desprendidos; por ende, la torre está únicamente apoyada sobre la columna y el piso de la azotea, y/o tiene un mal anclaje. (Informe UNI de fojas 335 y 337 e Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPSO-DDC, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial del Callao).

d) Por la ubicación del predio (cercanía al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez), los vientos turbulentos crean fuerzas adicionales de impacto sobre la torre y la estructura del predio. (Informe UNI de fojas 337).

e) La edificación incumple la norma E-030; por tanto, un sismo de regular magnitud ocasionaría fisuras y grietas en la estructura, pudiendo incluso colapsar algunos elementos de la edificación, pues esta no tiene la capacidad de desplazamiento inelástico. (Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS de la Municipalidad Provincial del Callao e Informe UNI de fojas 371).

f) Se recomendó el reforzamiento de la estructura del inmueble, colocando en la estructura ménsulas y planchas de soporte para que las columnas soporten el aplastamiento de la edificación, así como el vaciado de una losa adicional doblemente reforzada mediante el levantamiento del contrapiso, a fin de que el inmueble gane rigidez y absorción eficiente de la transmisión de la flexión generada por la excentricidad de las cargas provenientes de la torre. (Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPSO-DDC, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial del Callao e Informe UNI de fojas 371).

g) Finalmente, y no por eso menos importante, se recomienda el retiro de la Torre. (Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPSO-DDC, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial del Callao).

h) No obstante haberse efectuado diversas reparaciones en la edificación entre los años 2004 y 2005, y a consecuencia de la deficiente estructura del inmueble, han aparecido nuevas fisuras en los muros portantes. Por otro lado, los trabajos efectuados en diversos muros resultan inadecuados para el soporte de cargas de trabajo o sísmicas, y las instalaciones de Nextel del Perú S.A. incrementan considerablemente las cargas, poniendo en peligro la edificación. (Informe N.º 029-2005-MPC-GGDU-GO-LEMG, emitido por la Gerencia de Obras, y la Resolución Gerencial N.º 127-2005-MPC/GGDU, del 22 de julio de 2005, expedida por la Gerencia General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao).

Consecuentemente, con la instalación de dicha Torre, cuyo peso es de 10 toneladas, no solo se amenaza la vida e integridad del actor, sino también la de todas las personas que viven en los alrededores, así como de quienes hacen uso del servicio de hospedaje.

11. Este Tribunal estima que, independientemente de la cuestión contractual, que corresponde ventilarse en una vía distinta a la del amparo, conforme se ha expuesto en los Fundamentos N.º 2 y 3, *supra*, e independientemente también de las causas que originaron los daños en el inmueble, los informes técnicos a que se ha hecho referencia con detalle acreditan suficiente y fehacientemente la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación de los derechos constitucionales a la vida y la integridad física del demandante, sus vecinos y huéspedes, razones por las cuales procede amparar la demanda en tal extremo, debiendo disponerse el retiro inmediato de la estación base de telecomunicaciones y de la torre digital, instaladas en el inmueble de propiedad del recurrente, como una medida destinada a prevenir los graves daños que pudieran producirse.

12. Conviene señalar que el hecho de que se expida una sentencia estimatoria no implica, en modo alguno, que este Colegiado haya determinado que la demandada, al haber instalado la estación base de telecomunicaciones y la torre digital, sea la responsable de los daños ocasionados al inmueble de propiedad del actor, pues, como ha quedado dicho, dicha discusión, como todas las controversias de orden contractual, corresponde dilucidarse en la vía arbitral a la que las propias partes se han sometido. Es necesario enfatizar que la Constitución le ha encomendado a este Tribunal y a todos los jueces del amparo una tarea en extremo delicada: la de tutelar los derechos constitucionales, y, con ello, proteger a la población de amenazas contra su seguridad; razones, todas, por las que ordena el retiro de la estación base de telecomunicaciones y de la torre digital.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO:

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda, en el extremo relativo a que se disponga el retiro de la estación base de telecomunicaciones.
2. Ordena que Nextel del Perú S.A. proceda al retiro de la estación base de telecomunicaciones y de la torre digital instalada en la azotea del inmueble de

propiedad del demandante, sito en Av. Juan Pablo II (actualmente Av. Santa Rosa), lote 30, manzana B, urbanización Juan Pablo II, Callao.

3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a que se otorgue al demandante una compensación económica por los daños y perjuicios ocasionados, dejándose a salvo el derecho que pueda corresponderle conforme a lo expuesto en el Fundamento 3, *supra*.

Publíquese y notifíquese.
SS.

ALVA ORLANDINI

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

4. Figuras afines

4.1. La disposición provisional

En el derecho alemán, la tutela cautelar es conocida como protección jurídica provisional y es tramitada en un procedimiento urgente especial. La protección jurídica o cautelar se garantiza mediante dos formas: el embargo preventivo y la disposición provisional; la primera, para el aseguramiento provisional de una pretensión dineraria; la segunda, para el aseguramiento provisional de pretensiones no dinerarias.

Las disposiciones provisionales adoptan tres modalidades: la disposición de seguridad, la disposición regulatoria y la disposición de satisfacción o de prestación. Entre estas, la que tiene afinidad con las medidas innovativas es la disposición provisional de regulación.

4.2. Disposición provisional de regulación

La disposición provisional de regulación tiene por objeto la regulación de una situación provisional para despejar perjuicios sustanciales o para impedir amenazas de violencia u otros motivos. Mediante la disposición provisional de regulación pueden dictarse decisiones provisionales sobre la facultad de dirigir los negocios en una empresa cuando en el principal se deduce demanda por exclusión del socio facultado a dirigir los negocios. Mediante estas disposiciones

provisionales de regulación también pueden adoptarse decisiones provisionales en caso de violaciones a la propiedad, derecho a la personalidad o de derechos de autor o de patentes, entre otras posibilidades.¹⁹⁴

¹⁹⁴

Leible Stefan: Ob. cit. p.537-540

CAPITULO CUARTO

MEDIDAS DE NO INNOVAR

Sumario: 1. Concepto. 2. Antecedentes. 3. Revisión doctrinaria. 4. Presupuestos. 5. Referencias legislativas latinoamericanas. 6. Figuras afines.

Artículo 687°.- Prohibición de Innovar

Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

1. Concepto.

Es una medida cautelar excepcional que tiene por finalidad conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación *vaya a ser o sea invocada* en la demanda y en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Se concede sólo ante la inminencia de un perjuicio irreparable y cuando no resulta aplicable otra medida prevista en la ley. La conservación de la situación existente garantiza la eficacia de la decisión final.

Chiovenda, es quien esboza las ideas centrales de esta medida, al afirmar que “Se trata de proveer con urgencia al mantenimiento del statu quo, de modo de asegurar la futura satisfacción después de su declaración. A estos pronunciamientos, con los cuales se realiza una tutela de conservación,

corresponden las acciones aseguradoras.”¹⁹⁵

El fundamento de la medida cautelar de no innovar, se centra en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa, sustentado en el aforismo latino *lite pendente nihil innovatur*, por el cual debe mantenerse el estado de cosas existente al momento de interponerse la demanda; se impide así que durante el transcurso del proceso se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al promoverse el litigio.

La medida de no innovar encuentra sustento constitucional indirecto en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 139º de nuestra Carta Fundamental, respecto a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Conforme a este precepto “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones...” en aplicación extensiva de esta norma las partes tampoco están facultadas para modificar todo aquello que esté sometido a decisión jurisdiccional. Por este fundamento la medida cautelar de prohibición de innovar no puede ser utilizada para interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales firmes, pasados en autoridad de cosa juzgada, ni impedir el derecho constitucional de acudir al órgano jurisdiccional para postular las pretensiones que el interesado considere legítimos. En términos generales no puede postularse medida de no innovar para interferir en la potestad jurisdiccional de otros jueces, impidiendo la prosecución de procesos distintos a aquél en el que se dicta la medida.

La prohibición de innovar está sustentada axiológicamente en los principios de lealtad y buena fe procesales en virtud de los cuales las partes deben abstenerse de realizar innovaciones en la situación existente porque resulta reprobable que mientras el juez despliega sus potestades jurisdiccionales para resolver la cuestión litigiosa planteada, en uno u otro sentido, alguna de las partes o ambas modifiquen el status fáctico o jurídico, intentando alcanzar una ilegítima ventaja.

¹⁹⁵ Chioyenda, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. 1. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948. p.36. Sin embargo, es preciso señalar que este fue el concepto pionero que el renombrado maestro desarrollaba para referirse a las medidas cautelares en general.

2. Antecedentes.

El aforismo latino *lite pendente nihil innovatur* es la acreditación de la existencia de estas medidas en el Derecho Romano. Así, una figura que tenía por finalidad evitar un perjuicio o daño futuro o probable era la *cautio damni infecti*, con la diferencia de que en este caso consistía en la garantía que se otorgaba para asegurar cumplimiento de la obligación de reparar el perjuicio que podía causar un evento probable.

El antecedente normativo lo encontramos en el Código de las Siete Partidas: en la Partida 3^o, Leyes 13 y 14 del Título VII, se decía “*enagenada non puede, nin deue ser la cosa sobre que es fecho el emplazamiento, fasta que la contienda que han sobre ella, sea librada por juyzio, assi como de suso diximos en la ley ante desta*” se plasmaba así el principio de origen romano de la no disponibilidad de la cosa por parte del demandado una vez iniciado el proceso.

Disponía la Ley que era del todo inválida la donación, permuta o venta que hicieran los demandados respecto de las cosas por las que se los demandaba, establece la ley siguiente, en el mismo Título y Partida, que Conforme a la ley 16, el precepto alcanzaba también al accionante.

Se afirma en que los alcances del moderno derecho procesal la interposición de la demanda no conlleva la imposibilidad de enajenar la cosa sobre la que versa el pleito, no obstante, quien la adquiere asume todas las cargas y riesgos emergentes del proceso en curso. Sin embargo, existen situaciones extraordinarias en las que el presupuesto o garantía de eficacia de la sentencia estimatoria a dictarse, es la prohibición de innovar.

La prohibición de innovar bajo una de sus modalidades, *la injunction*, que se traduce como *entredicho*, alcanzó en el common law un desarrollo inusitado en otras latitudes, precisamente debido al principio de equidad que lo informa.

La *injunction* es un mandato judicial provisional mediante el cual un Juez emite una orden o requerimiento de obligatorio cumplimiento para que la parte obligada, en forma temporal, haga o se abstenga de hacer determinados actos

para evitar la consumación de un daño amenazante, so pena de ser sancionado civil o penalmente e incluso pagar elevadas cantidades por concepto de daños y perjuicios. Su contenido concreto así como su misma procedencia están al alcance de un amplísimo arbitrio judicial, de forma que su atipicidad resulta máxima por venir aplicándose a los supuestos más diversos, a diferencia de lo que sucede con la tutela inhibitoria en los ordenamientos continentales donde se circunscribe a unas cuantas hipótesis típicas.

Para que la *injunction* sea procedente¹⁹⁶ se requiere demostrar ante el juez la alta probabilidad de éxito de la pretensión principal y el riesgo de que la ausencia del mandato provoque al solicitante daños irreparables. El demandado puede evitar la *injunction*, si presta un *undertaking*, es decir, el compromiso de abstenerse de los actos temidos por el actor, e incluso dar noticia a este de los actos necesarios para evitar el daño amenazante; como puede verse la *injunction* tiene finalidad preventiva de daños (tutela preventiva) y no resarcitoria de daños (tutela resarcitoria).

¹⁹⁶ Attorney General Bill McCollum Press Release March 27, 2009 *Media Contact: Sandi Copes (850) 245-0150*

Medida cautelar temporaria obtenida en juicio por fraude en rescate de ejecuciones hipotecarias

TALLAHASSEE (FL) – El Procurador General, Bill McCollum, anunció hoy que obtuvo una medida cautelar (*injunction*) temporaria contra Lincoln Lending Services, LLC y su propietaria, Rita Gómez, por la cual se prohíbe a la compañía que participe en cualquier tipo de servicios en relación con deudas de consumidores o modificación de hipotecas y que cobre a los consumidores por esos servicios hasta que el tribunal pronuncie otro fallo. También se exigirá a la compañía que conserve sus archivos y permita su inspección, y que se abstenga de liquidar sus activos.

Además de congelar los activos de la compañía, el fallo requiere que reintegre los anticipos entregados por los consumidores por servicios de rescate en relación con ejecuciones hipotecarias a partir del 1 de octubre de 2008, fecha en que entró en vigencia la ley que prohíbe el cobro de anticipos. Estos reintegros deben realizarse dentro de los 90 días y sin necesidad de que los consumidores presenten un reclamo.

La División de Delitos Económicos del Procurador General entabló juicio a Lincoln Lending y a Gómez a principios de esta semana por supuestos cobros de anticipos por servicios de modificación del préstamo en violación de la Ley de Prevención del Fraude en el Rescate de Ejecuciones Hipotecarias. La Oficina del Procurador General ha recibido cientos de quejas respecto de este caso desde que se inició la demanda. Los dos participantes están de acuerdo con esta orden.

3. Panorama doctrinario:

Destacando la finalidad de esta medida, Ugo Rocco¹⁹⁷ explica que para evitar o abolir la posibilidad o probabilidad de un daño, eliminado un peligro, suprimiendo o eliminando el sacrificio o la restricción del interés contra el cual atenta la situación peligrosa, es absolutamente necesario que la situación de hecho y de derecho que se quiere salvaguardar, *quede inmutada*, es decir, *que se conserve el estado de hecho y de derecho* durante todo el tiempo necesario para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional, esto es, durante todo el tiempo necesario para la declaración de certeza, para la condena y para el inicio de la realización coactiva sobre el patrimonio del obligado.

Linares, define la prohibición de innovar como aquella *"medida precautoria dictada por un órgano judicial intimando a cualquiera de las partes se abstenga de alterar, mientras dura el pleito, el estado de cosas sobre que versa o versará la litis, existente en el momento de notificarse dicha medida"*¹⁹⁸

En opinión de Podetti¹⁹⁹, es una medida cautelar que tiene por finalidad preservar el *status quo*, es decir, un estado de cosas así como la seguridad de los bienes comprendidos en el litigio, en tanto el proceso se desarrolla y resuelve; evita que la pretensión del demandante vencedor resulte de imposible cumplimiento o menoscabado por las innovaciones o alteraciones introducidas en el curso del proceso y por otro lado, que no se perturbe la paz, ni se dañen o perjudiquen bienes o servicios de interés común.

Eduardo J. Couture²⁰⁰ afirma que estas son medidas cautelares negativas y añade que "En esta clase de providencias se procura, ante todo, impedir la modificación del estado de cosas existente, al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño que pueda surgir de su modificación. El carácter negativo surge de que no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen: p. Ej., prohibición

¹⁹⁷ Rocco, Ugo: ob. Cit.pp. 55-56.

¹⁹⁸ Linares, Juan Francisco: "La prohibición de innovar" Bases para su sistemática, en Rev. del Colegio de Abogados, Bs. As. Nov. Dic. 1942, p.821. citado por Roland Arazi en Medidas Cautelares p.247.

¹⁹⁹ Podetti, Ramiro: Tratado de las medidas cautelares. T. II. EDIAR S.A. Editores, Buenos Aires. P.288.

²⁰⁰ Couture Eduardo J. "Fundamentos del Derecho procesal civil", 4ª Ed. (póstuma), Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F. 2002. P. 265.

de innovar, ya sea en materia de derecho privado o de derecho público; prohibición del corte de árboles; prohibición de explotar una mina; prevención en las acciones de obra nueva; no alteración en el cumplimiento de los servicios públicos; suspensión preventiva del acto administrativo, etc."

Por su parte Alsina decía que independientemente de las medidas necesarias que puedan solicitarse para impedir la enajenación de la cosa o para extender los efectos de la sentencia a terceros (anotación de la litis), el juez debe tener la facultad de que no se altere la situación de hecho o de derecho para que la sentencia pueda otorgar al ganador en forma plena y estricta el bien de la vida solicitado. Ello en verdad otorga a la medida una particularidad del todo propia²⁰¹.

4. Presupuestos

Los presupuestos para el dictado de esta medida cautelar, en principio, son los mismos exigidos para el dictado de las medidas cautelares en general, sin embargo, las particularidades de la prohibición de innovar determinadas por su finalidad, otorgan individualidad a aquellos.

4.1. Sobre la verosimilitud del derecho:

La apariencia o aspecto exterior de derecho, encarnada en la expresión latina *Fumus boni iuris* en su acepción jurídica puede traducirse como alta dosis de razonabilidad o la razonable apariencia de que la parte recurrente litiga con razón.

La estimación de una demanda cautelar exige del juez el despliegue de una actividad cognitoria sumaria o juicio de razonabilidad para la comprobación de la verosimilitud del derecho invocado; no está destinada a producir certeza judicial sino únicamente considerable probabilidad de amparo de la pretensión principal, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho²⁰².

²⁰¹ Alsina Hugo: Tratado teórico y práctico de Derecho Procesal Civil, 3ª edición. T.V, p.524.

²⁰² Fernández, Miguel Ángel: Derecho Procesal Civil III. Editorial. Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. Madrid 1996, p.408.

Como se destacó en capítulo precedente, no basta, sin embargo, la simple afirmación de tal justificación, el actor debe aportar el suficiente caudal probatorio del cual se derive la apariencia de derecho a su favor, así como el peligro en la demora u otra razón justificable.

4.2. Sobre la necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable.

Interesa tener presente como guía de reflexión, el principio general del derecho según el cual *la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón*²⁰³ lo cual implica el deber de todo ordenamiento jurídico de prevenir la amenaza o la perpetración de un daño con ocasión de la petición y el otorgamiento de tutela judicial efectiva.

Pues bien, el matiz especial que este presupuesto presenta en la medida cautelar no innovativa es *“la inminencia de un perjuicio irreparable”*. Ésta se refiere a aquella situación fáctica o jurídica cuya alteración pueda afectar la pretensión reclamada; en esta amenaza radica el peligro, cuya perpetración podría generar perjuicios irreparables. Por ello el perjuicio, avizorado como amenaza, no puede ser incierto, remoto o difuso sino inminente e irremediable por ser de imposible reparación, corresponde al juez aplicar el test de proporcionalidad para amparar o desestimar la medida cautelar solicitada.

Sobre el particular, enfatiza Gustavo Daniele que en lo tocante a que el mantenimiento o alteración pudiera influir en la sentencia o convertir su ejecución en ineficaz o imposible, implica ello que el fallo no sólo no ha de poder cumplirse en la forma debidamente pretendida, sino que, aún lográndose un cumplimiento disminuido del mismo, se constituye dicha circunstancia en un grave perjuicio por reparación difícil, si no imposible. En tal sentido se ha dicho que lo que realmente interesa es el concepto de *irreparabilidad del perjuicio* a efectos de otorgar la cautela en cuestión, o bien que la finalidad última de la misma es evitar que la sentencia pueda resultar ilusoria en cuanto que, intentando alterar el estado de

²⁰³ Reproducido por Eduardo García de Enterría en: La batalla por las medidas cautelares, p.120.

cosas existente al iniciar el proceso, se produzca un daño irremediable que ha de tornar inútil la futura sentencia²⁰⁴.

El daño como concepto jurídico y económico es propio no sólo del derecho privado, civil y comercial, no sólo del derecho público interno (constitucional, administrativo, penal) o internacional, sino también del derecho procesal, puesto que representa un concepto jurídico fundamental. Todo daño provoca, en general, detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia; el daño jurídico, en consecuencia, puede considerarse como la sustracción o disminución de un bien, pero al mismo tiempo puede concebirse como la supresión o afectación de un interés, sea éste tutelado por una norma jurídica en la forma de un derecho subjetivo, sea tutelado en la forma de un simple interés.²⁰⁵

4.3. Sobre la contracautela.

Las medidas cautelares se dictan a petición de parte, salvo casos excepcionales²⁰⁶, por consiguiente la responsabilidad central recae en el solicitante quien por tal razón debe ofrecer contracautela suficiente, como corresponde al juez fijarla prudencialmente. Sobre los demás aspectos nos atenemos a lo expuesto en el capítulo sobre teoría general cautelar.

5. Oportunidad.

A tenor de lo que dispone el artículo 608º del CPC la medida cautelar puede ser solicitada y dictada antes del inicio de un proceso (debe entenderse principal o cautelado), esta es la regla.

Antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1069 que modificó aspectos importantes del proceso cautelar, el artículo 687º del CPC establecía que “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el

²⁰⁴ Daniele Gustavo: Medidas cautelares, Editorial ASTREA Buenos Aires 1997, obra colectiva, p.269.

²⁰⁵ Seguimos en este tópico a Ugo Rocco en: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. Parte especial. Proceso cautelar. Temis- Desalma, 1977, p, 45.

²⁰⁶ Como en el caso de la interdicción y en las dictadas en procesos sobre violencia familiar.

proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

El dictado de la medida de no innovar destinada a conservar la situación de hecho o de derecho, exigía como condición la existencia de una demanda admitida, es decir, no podía adelantarse la petición ni el dictado de la medida cautelar. Esta situación ha sido revertida al dictarse el 28 de junio de 2008, el decreto legislativo 1069, y establecer la posibilidad de solicitarse esta medida cautelar para “...*conservar la situación de hecho o de derecho **cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda...***”

De este modo, en la actualidad la medida cautelar de no innovar también puede ser solicitada antes de iniciarse el proceso principal.

6. Legislación extranjera.

La LEC española de modo escueto se refiere a las medidas de no innovar, sin nombrarlas, en el “artículo 727º...podrán acordarse entre otras, las siguientes medidas cautelares: inciso 7º La orden judicial de (...) abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.”

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires regula a esta medida cautelar a través de dos artículos:

“Art. 230.- Prohibición de innovar. Podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que:

- 1) El derecho fuere verosímil;
- 2) Existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible,
- 3) La cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.”

“Art. 231.- Prohibición de contratar. Cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada o los bienes objeto del juicio, procediese la

prohibición sobre determinados bienes, el juez ordenará la medida. Individualizará lo que sea objeto de la prohibición, disponiendo se inscriba en los registros correspondientes y se notifique a los interesados y a los terceros que mencione el solicitante.

La medida quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro del plazo de cinco días de haber sido dispuesta, y en cualquier momento en que se demuestre su improcedencia.”

Código de Procedimientos Civiles de Bolivia (1976)

“Art. 168.- (prohibición de contratar).

I. Cuando por ley o contrato o para asegurar la ejecución forzada, o los bienes objeto de litigio, procediere la prohibición de contratar sobre determinados bienes, el juez ordenará la prohibición individualizando lo que sea objeto de ella y disponiendo su inscripción en el registro correspondiente, y se notifique a los interesados y terceros que señale el solicitante.

II. La medida quedará sin efecto si quien la obtuvo no dedujere la demanda dentro de los cinco días de haber sido dispuesta y en cualquier momento en que se demostrare su improcedencia. (Arts. 156, 167)”

Código de Procedimiento Civil del Ecuador

Artículo 915.- “También podrá el juez en los casos permitidos por la Ley, a solicitud del acreedor, prohibir que el deudor enajene sus bienes raíces y ordenar a los notarios que no otorguen escrituras de enajenación de dichos bienes, y al registrador que no la inscriba.

Para la prohibición de enajenar bienes raíces, bastará que se acompañe prueba legal del crédito, y de que el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes raíces saneados, suficientes para el pago.

Los notarios y registradores de la propiedad tomarán razón de estas prohibiciones luego que fueren notificados, en un libro que llevarán al efecto, en papel común, y sin cobrar derechos.

Mientras subsista la inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.”

Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1986)

Artículo 600

Acordada la prohibición de enajenar y gravar, el Tribunal, sin pérdida de tiempo, oficiará al Registrador del lugar donde esté situado el inmueble o los inmuebles, para que no protocolice ningún documento en que de alguna manera se pretenda enajenarlos o gravarlos, insertando en su oficio los datos sobre situación y linderos que constaren en la petición.

Se considerarán radicalmente nulas y sin efecto la enajenación o el gravamen que se hubieren protocolizado después de decretada y comunicada al Registrador la prohibición de enajenar y gravar. El Registrador será responsable de los daños y perjuicios que ocasione la protocolización.

Código Procesal Civil de Francia

Artículo 872

En caso de urgencia, el presidente del tribunal de *commerce* podrá, dentro de los límites de su competencia, decretar por los cauces del *référé* todas aquellas medidas frente a las que no existan motivos fundados de oposición o que resulten justificadas ante la existencia de una controversia.

Artículo 873.

Aunque existan motivos fundados para oponerse a ellas, el presidente podrá siempre, dentro de los mismos límites, decretar por los cauces del *référé* las medidas cautelares necesarias para prevenir un daño inminente o para lograr la cesación de una perturbación manifiestamente ilícita.

En caso de que no existan motivos fundados para discutir la existencia de la obligación, podrá decretar que se pague al acreedor una cantidad a cuenta de lo que se le debe, o bien ordenar que se cumpla la obligación, incluso si se trata de una obligación de hacer.

Ilustra el uso anómalo de la medida no innovativa por el 18 Juzgado Especializado de Familia de Lima, el contenido de la resolución expedida por él puede 50º Juzgado Civil de Lima en el expediente 54380-97 que a continuación transcribimos:

“Al principal y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la Juez del Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima, durante la tramitación del Expediente 183518-05, expidió la Resolución número cuatro del diecinueve de junio del año en curso, concediendo medida cautelar de no innovar y disponiendo la suspensión del remate del inmueble materia de subasta en este proceso hasta que concluya el proceso seguido ante el citado juzgado de familia. Dicha resolución fue puesta en conocimiento de esta judicatura instantes antes de iniciarse el remate del referido predio, fijado para el día veinte de julio a horas diez de la mañana, por lo que este despacho, por equidad y prudencia, ordenó la suspensión del mismo; **Segundo** Que no obstante lo expuesto y atendiendo que el ejecutante solicita se programe nueva fecha de remate, resulta pertinente pronunciarse respecto de la medida cautelar dictada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima; en tal sentido, es de considerar que constituye una garantía elemental del servicio de justicia, con rango constitucional, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, que se vislumbra a partir del principio de la inmutabilidad de la cosa juzgada por el que en las resoluciones que adquieren tal calidad no pueden ser modificadas ni retardadas en su ejecución; por ende no se puede cortar procesos en trámite, conforme lo establece el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución; y se corrobora con lo previsto en el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial; **Tercero:** Que el presente proceso se encuentra en etapa de ejecución de sentencia, por lo tanto existe una resolución con autoridad de cosa juzgada que se

debe ejecutar, no pudiendo admitirse ningún acto que tienda a limitar o impedir su ejecución, atendiendo a la garantía constitucional antes citada, salvo los casos expresamente previstos, de forma clara, en la ley; **“Cuarto:** Que la medida cautelar dictada por el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima viola flagrantemente la garantía constitucional y orgánica ya señalada, pues tiende a impedir la ejecución del remate de un bien afectado con medida de ejecución forzada, situación no prevista como pasible de suspender un proceso, no existiendo norma legal que así lo establezca, de tal manera que no se puede violentar la debida ejecución ni entorpecer la misma; **Quinto:** Que de la propia resolución expedida por la Juez de Familia para el dictado de la cautela judicial se verifica que ella misma ya ha concedido otra medida de anotación de demanda que cautelaría efectivamente el derecho de la pretendida parte afectada, de tal manera que la medida de no innovar antes que otorgar cautela tiende injustificadamente y sin sustento legal a violentar una garantía constitucional; **Sexto:** Que frente a las consideraciones expuestas la decisión cautelar del Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia deviene improcedente, por lo que este despacho se afectará por una resolución no conforme con nuestro ordenamiento constitucional; por tales fundamentos se declara **IMPROCEDENTE e INAPLICABLE a este proceso la medida cautelar de no innovar** contenida en la resolución número cuatro del diecinueve de junio del dos mil seis, expedida por el Décimo Octavo Juzgado Especializado de Familia de Lima en el Expediente N° 183518-05 en consecuencia, AUTORICESE al martillero público a coordinar nueva fecha de remate del bien sujeto a ejecución.”

7. Figuras afines

Entre las figuras cautelares afines a la prohibición de innovar tenemos a la disposición provisional de seguridad o de prestación del derecho alemán, y la inhibición general regulada en el derecho argentino.

7.1. La disposición provisional

En el derecho alemán, la tutela cautelar es conocida como protección jurídica provisional y es tramitada en un procedimiento urgente especial. La

protección jurídica o cautelar se garantiza mediante dos formas: el embargo preventivo y la disposición provisional; la primera, para el aseguramiento provisional de una pretensión dineraria; la segunda, para el aseguramiento provisional de pretensiones no dinerarias.

Las disposiciones provisionales adoptan tres modalidades: la disposición de seguridad, la disposición regulatoria y la disposición de satisfacción o de prestación.

7.2. Disposición provisional de seguridad

Resulta admisible la disposición provisional de seguridad cuando con relación al objeto litigioso se teme que por un cambio de la situación existente la realización de un derecho se ve frustrado o dificultado de modo sustancial. Su objeto es la seguridad de una pretensión no dineraria, así por ejemplo para la seguridad de una pretensión de entrega puede ordenarse una prohibición de enajenación o la entrega de la cosa debida a un depositario judicial. El tribunal determina discrecionalmente qué disposiciones son necesarias para el logro del objetivo a asegurar. Deben existir circunstancias que según juicio objetivo de una persona sensata hagan temer riesgo para la realización de una pretensión individual con base en inminentes modificaciones de la situación momentánea.²⁰⁷

7.3 La inhibición

Es una medida cautelar que afecta la disponibilidad de derechos reales, genéricamente, sin recaer, como el embargo, en uno o más de ellos, y es de excepción, a falta de la posibilidad de trabar embargo o disponer de las otras medidas encaminadas a asegurar la ejecución forzosa. Constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar, genéricamente, cualquier cosa, inmueble o mueble registrable de que el deudor pueda ser

²⁰⁷

Leible Stefan: Ob. Cit. p.537-540

propietario en el momento de anotarse la medida o que adquiriera con posterioridad²⁰⁸.

El artículo 534° del Código procesal civil y comercial de la nación argentina regula la inhibición general en los siguientes términos: “Si no se conocieren bienes del deudor o si los embargados resultaren presuntivamente insuficientes para cubrir el crédito del ejecutante, podrá solicitarse contra el ejecutado inhibición general de vender o gravar sus bienes. La medida quedará sin efecto si el deudor presentare bienes a embargo o diere caución bastante.”

²⁰⁸ Palacio, Derecho procesal civil, t.VIII, p.165, citado por Raúl Martínez Botos en Medidas Cautelares, Editorial Universidad, Buenos Aires 1994,p. 357.

TITULO TERCERO

LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Sumario: 1) Consideraciones generales. 2) Concepto. 3) Caracteres. 4) Importancia. 5) las medidas autosatisfactivas en la legislación argentina. 6) Casuística argentina. 7) Doctrina nacional.

1. Consideraciones generales.

La extremada duración de los procesos ha dado lugar a la creación de una serie de instituciones orientadas a encontrar soluciones para los diversos problemas que la dilación de las actividades judiciales ocasiona a los intereses de los justiciables. Los esfuerzos tras el propósito indicado se han plasmado en mecanismos tales como las pruebas anticipadas, la afectación de personas o bienes a resultados del proceso mediante decisiones cautelares, la creación de procesos rápidos (sumarios, sumarísimos, amparo, hábeas corpus, etc.), la abreviación de los procesos mediante la limitación de recursos, la concentración de actos en limitadas audiencias o en una sola, a todo lo cual debe añadirse las repercusiones de la tecnología en el proceso que viabiliza acortamiento sustancial de los plazos ordinarios.

Roland Arazi nos recuerda que “Ríos de tinta y existencias enteras de grandes pensadores del Derecho han estado destinadas, afectadas a la búsqueda de las soluciones tendientes a obtener una más pronta satisfacción de los intereses en conflicto. Y pese a ello, pareciera que ni las soluciones imaginadas, ni las prácticas vigentes, ni todo aquello que los ordenamientos han incorporado como resultado de tan valiosa actividad del pensamiento han podido obtener el resultado que la gente necesita en pos de la coincidencia entre los tiempos de sus

necesidades y los de la obtención del resultado que procuran, a través de la actividad del Estado.”²⁰⁹

La tutela clásica u ordinaria conformada fundamentalmente por la tutela de cognición o declarativa y la tutela de ejecución a la que en el siglo pasado se le ha añadido la tutela cautelar, con muchas reservas no es suficiente para abarcar y atender los requerimientos de los últimos tiempos. Los cambios acelerados de las relaciones socio-económicas debido a la intensificación del comercio internacional gracias a los aportes de la ciencia y la tecnología, particularmente el uso de la informática en las diversas manifestaciones del saber humano y en las relaciones jurídicas han determinado la necesidad de contar con nuevos mecanismos de protección jurisdiccional, más allá de los mecanismos clásicos o tradicionales.

Bajo la influencia de la doctrina italiana que hace más de veinte años viene discutiendo la tutela de urgencia como anticipación de tutela, en Argentina gracias a los trabajos de Morello, Peyrano y Berizonce se ha empezado a realizar estudios sobre la tutela de urgencia; específicamente se atribuye al jurista Mario Augusto Morello el haber introducido una clasificación de procesos que hoy abarca ocho compartimentos, entre los cuales figuran los procesos de respuesta inmediata, es decir, los procesos urgentes entre los que están comprendidos el amparo, interdictos, hábeas corpus, la medida cautelar sustancial, los injunctions, prohibiciones, etc. Correspondiendo a otro distinguido doctrinario: Jorge W. Peyrano la consagración jurisprudencial de una de las manifestaciones de los procesos urgentes: Las medidas autosatisfactivas

Contemporáneamente, para que la tutela jurisdiccional responda de manera idónea a los requerimientos de protección jurisdiccional de aquellas situaciones especiales no protegidas por ninguno de los tres tipos de tutela que han alcanzado consagración doctrinaria, legislativa y jurisprudencial (cognitoria, ejecutiva y cautelar) se ha acuñado la expresión *tutela diferenciada* que no tiene una finalidad

²⁰⁹ Arazí Roland y Mario E. Kaminker: Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata, p.40, en Medidas autosatisfactivas. Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2004.

en sí misma, únicamente expresa un criterio excluyente respecto de las tutelas clásicas, es por consiguiente genérica. Empero como expresiones particulares de la tutela diferenciada la doctrina considera a la *tutela preventiva o inhibitoria*, a la *tutela de urgencia* y la *tutela anticipatoria*. De acuerdo con esta taxonomía las medidas autosatisfactivas constituyen una de las expresiones de la tutela de urgencia. Por nuestra parte admitimos con reservas este encuadramiento al no existir una denominación connotativa del tipo de tutela jurisdiccional correspondiente a las medidas autosatisfactivas.

2. CONCEPTO:

Jorge Peyrano define a las medidas autosatisfactivas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles²¹⁰. Importan una satisfacción definitiva de la pretensión del demandante, razón por la cual se sostiene son autónomas, su vigencia y mantenimiento no depende de la simultánea o ulterior interposición de una pretensión principal.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal²¹¹.

Su dictado está sujeto a la concurrencia de: 1) una situación de urgencia, 2) fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, 3) la exigibilidad de la contracontracautela está sujeta al prudente arbitrio judicial.

²¹⁰ El concepto fue expuesto por Jorge Peyrano, en su ponencia titulada reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia, con ocasión del XIX congreso nacional de Derecho Procesal, celebrado en Corrientes en agosto de 1997.

²¹¹ Esta es fue la conclusión del XIX congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en agosto de 1997.

La profesora Mabel de los Santos define al proceso autosatisfactivo en los siguientes términos: “Constituye un proceso urgente, autónomo y contradictorio, despachable inaudita parte y previa contracautela, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho. Es asimismo un medio de tutela rápida y extraordinaria, admisible restrictivamente ante la inexistencia de otra vía procesal eficaz.”²¹²

3. CARACTERES

Los principales caracteres son los siguientes:

- 3.1.** No son instrumentales, atributo que evidencia su condición de decisión jurisdiccional no cautelar, se agotan con su despacho favorable, pues no están vinculadas a un proceso principal al cual deben garantizar su resultado.

El fundamento de esta característica está relacionada con su naturaleza autónoma: se trata de un proceso urgente satisfactivo, que si bien es cierto no es instrumental por no estar supeditado al devenir de un proceso principal, como proceso en sí, no deja de ser instrumental precisamente de pretensiones de urgencia que con la primera decisión satisface el interés del actor.

- 3.2.** No son provisorias, porque su vigencia no está relacionada con la subsistencia de circunstancias propias del proceso principal.

Como en el caso anterior, esta característica está relacionada con su naturaleza no cautelar, y autónoma, su vigencia es definitiva y concluyente, salvo su eventual revocatoria por el superior fundada en la reversibilidad de las decisiones judiciales, por el ejercicio del derecho a la instancia plural.

²¹² De Los Santos Mabel: Medida autosatisfactiva y medida cautelar, publicado en Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2002, p.369.

3.3. Acreditación de fuerte probabilidad de la atendibilidad del derecho invocado.

El grado de acreditación de la pretensión debe ser superior a la simple verosimilitud y cercano a la certeza.

Sin embargo, sobre este punto, consideramos que si estamos frente a un proceso urgente autosatisfactivo, el grado de exigencia sobre la acreditación de la pretensión no puede ser menor a la certeza; sostener la acreditación de fuerte probabilidad revela una timidez inocultable y un complejo de culpa de quien reniega de sus ancestros cautelares.

La cognición sumaria, propia de este proceso, por el contrario debe significar la exigencia de mayor grado certeza, y no sólo una fuerte probabilidad de estimación de la pretensión. Los principios de congruencia y razonabilidad exigen que una pretensión urgente y de satisfacción inmediata esté sustentada en un soporte probatorio que genere el mayor grado de certeza en el juzgador.

3.4. Se dictan *inaudita altera pars* aunque en algunos casos es necesaria una sustanciación rápida con conocimiento de la parte contraria.

Sostenemos que esta tramitación, obedece a la existencia de certeza de la pretensión invocada sustentada en la consistencia probatoria y en la urgencia de la tutela reclamada, más que en la garantía de ejecución de la decisión como a menudo se sostiene.

Se admite, no obstante, la posibilidad de una sumaria sustanciación cuando la necesidad de amparar la pretensión postulada, así lo requiere, esta circunstancia autoriza al juez a escuchar a la otra parte. Sin embargo, esta tramitación es excepcional.

4. IMPORTANCIA

- 4.1.** Procuran corregir las limitaciones propias de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que ineludiblemente reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente.
- 4.2.** Ofrecen una adecuada respuesta a los interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a las claras, establecen soluciones urgentes no cautelares como por ejemplo cuando en el artículo 17° del Código Civil se dispone que la violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. Si por la urgencia, el agraviado se ve obligado a reclamar tutela jurisdiccional, y solicita el dictado de una medida cautelar anticipatoria, el contenido de la decisión cautelar no podrá ser otro que la orden de cese de los actos lesivos, resulta obvio que en este caso, al haberse logrado el cese del acto lesivo, el inicio de un proceso subsiguiente resultaría inútil, pues no tendría ninguna finalidad práctica, salvo evitar la cancelación de medida cautelar. De este modo, el proceso autosatisfactivo se revela como un valioso instrumento procesal para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho contrarias al Derecho respecto de las cuales el proceso cautelar resulta inoperante o, por lo menos, ineficiente.
- 4.3.** Desde un punto de vista financiero, evitarían al Estado una sobrecarga innecesaria y el consiguiente despilfarro de los recursos públicos asignados al Poder Judicial: dispendio que se produce en la actualidad al tramitarse procesos innecesarios, siendo que el interés del justiciable ya habría sido resuelto con el proceso cautelar.
- 4.4.** Conforme a la moderna doctrina procesal, las medidas autosatisfactivas permitirían materializar la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva en tiempo útil, una de las condiciones fundamentales del debido proceso

adjetivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política. Simultáneamente se consagraría la garantía del plazo razonable.

- 4.5.** La positivización de las medidas cautelares permitiría a los jueces efectivizar la función preventiva de la jurisdicción al evitar la consumación de los daños, de este modo mejoraría el servicio de justicia y se fortalecería la legitimación social del juez.
- 4.6.** Finalmente, las medidas autosatisfactivas compensarían la debilidad del justiciable en situación de urgencia; a menudo, la urgencia coloca al justiciable en posición de debilidad dado que le impide asumir la duración excesiva del proceso tradicional, desalentando posibles reclamos legítimos antes la jurisdicción²¹³.

5. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Las medidas autosatisfactivas tienen reconocimiento legislativo en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales de las provincias argentinas de La Pampa, El Chaco y Santa Fe, además de la existencia de diversos proyectos para su incorporación normativa en las demás provincias y el código procesal civil y comercial de la nación.

Por su carácter paradigmático transcribimos íntegramente el texto del artículo 21° del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe, que fue elaborado por los integrantes del Ateneo de Estudios Procesales de Rosario, bajo la orientación del distinguido maestro Jorge W. Peyrano; resume lo avanzado hasta el momento respecto a la plasmación normativa de las medidas autosatisfactivas.

“El artículo 21°.- Los jueces a pedido fundamentado de parte respaldado por prueba que demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulta

²¹³ Hemos tomado los principales fundamentos contenidos en proyecto de ley para la inclusión del libro VIII en el Código Procesal Civil y Comercial de la nación argentina, destinado a la regulación de los procesos de urgencia.

atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata, deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas.

Según fueran las circunstancias del caso valoradas motivadamente por el tribunal, este podrá exigir la prestación de cautela suficiente.

Los despachos favorables de medidas autosatisfactivas presuponen la concurrencia de los siguientes recaudos y quedarán sujetos al régimen que a continuación se describe:

- a) Que fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho, producidas o inminentes contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal.
- b) Que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;
- c) Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y también podrán disponer, a solicitud de parte, prórrogas de los mismos. No rigen en la materia los principios de instrumentalidad y caducidad propios del proceso cautelar;
- d) Los jueces deberán despachar derechamente la medida autosatisfactiva postulada o, excepcionalmente y según fueran las circunstancias del caso y la materia de la medida, someterla a una previa y deducida sustanciación que no excederá del otorgamiento a quien correspondiere, de la posibilidad de ser oído;
- e) El legitimado para contradecir una medida autosatisfactiva ordenada, podrá optar para impugnarla entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido, en su caso, con efecto devolutivo, o iniciar un juicio declarativo y general sumario de oposición cuya promoción no impedirá el cumplimiento de la decisión judicial impugnada. Elegida una vía de impugnación se perderá la posibilidad de hacer valer la otra. También podrá solicitar la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva que lo afecta, en

el supuesto de que acreditara, *prima facie* la concurrencia del riesgo de sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación y prestara contracautela suficiente.”²¹⁴

Proyecto de ley para incorporar al código procesal civil y comercial de la nación, el libro octavo: procesos urgentes, medidas autosatisfactivas, incorporación de los artículos 785 (procedencia), 786 (tramite), 787 (recursos), 788 (suspensión provisoria) y 789 (caducidad).

“Artículo 1° - Incorpórase como Libro Octavo al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente: "Libro Octavo. Procesos Urgentes. Título Único: Medidas Autosatisfactivas. Capítulo Único. Disposiciones Generales".

Artículo 2: Incorpórase como artículo 785 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente: "Procedencia. Los jueces, a pedido de parte y no obstante la calificación que esta le hubiere dado a su pretensión, deberán despachar excepcionalmente medidas autosatisfactivas cuando se encontraren reunidos los siguientes recaudos:

a) Fuere necesaria la cesación inmediata de conductas o vías de hecho producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal, con aptitud para producir un daño o la frustración de derechos;

b) Prima facie, se acredite una fuerte probabilidad de la existencia del derecho;

c) El interés del postulante se circunscriba, de manera evidente, a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, no extendiéndose a la declaración judicial de derechos conexos o afines;

²¹⁴ Artículo 21 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe. Texto redactado en el seno del ateneo de estudios Procesales de Rosario, por miembros del mismo y como respuesta a un requerimiento en tal sentido efectuado por un grupo de legisladores provinciales santafesinos.

d) Por la índole o la urgencia de la pretensión, resulte innecesaria y contraria a la economía procesal la tramitación de un proceso principal para satisfacerla.

e) No tramitase un proceso previo o concomitante sobre la misma pretensión.

f) Según fueren las circunstancias del caso, valoradas motivadamente por el Juez, podrá exigir la prestación de cautela suficiente.

Los jueces podrán fijar límites temporales a las medidas autosatisfactivas que despacharen y también podrán disponer, a solicitud de parte, prórrogas de los mismos".

Artículo 3: Incorpórase como artículo 786 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente: "Trámite. Los jueces podrán despachar directamente la medida autosatisfactiva postulada, o, según fueren las circunstancias del caso y la materia de la medida, podrán decretar con carácter urgente una audiencia para oír a las partes o disponer una reducida sustanciación dentro del término de dos días hábiles desde que fuera postulada la medida, debiendo posteriormente dictarse resolución sin más trámite.

No se admitirán la recusación sin expresión de causa, ni la citación de terceros.

La citación a la audiencia, o, en su caso, el traslado correspondiente, y la sentencia se notificarán por cédula, carta documento o acta notarial, que se diligenciará en el día, con habilitación de días y horas inhábiles. Las demás notificaciones se efectuarán por ministerio de ley, considerándose días de nota todos los hábiles".

Artículo 4: Incorpórase como artículo 787 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente: "Recursos. Para impugnar la medida autosatisfactiva ordenada, el legitimado podrá optar entre la interposición directa del recurso de apelación que será concedido con efecto devolutivo, o promover un

juicio sumarísimo de oposición. Elegida una vía, se perderá la posibilidad de hacer valer la otra.

Para impugnar la medida autosatisfactiva rechazada, el peticionante podrá interponer los recursos de revocatoria y/o apelación según correspondiere".

Artículo 5: Incorpórase como artículo 788 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente: "Suspensión Provisoria. Ninguna de las vías indicadas en la primera parte del artículo precedente impedirá el cumplimiento inmediato de la decisión judicial impugnada; pero los jueces podrán ordenar discrecional y fundadamente la suspensión provisoria de la medida autosatisfactiva otorgada, en el supuesto de que el legitimado acredite prima facie la posibilidad de sufrir un perjuicio de difícil o imposible reparación, previo ofrecimiento y prestación de contracautela suficiente.

Artículo 6: Incorpórase como artículo 789 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el siguiente: "Caducidad. No rige en la materia la caducidad correspondiente al proceso cautelar".

6. CASUISTICA ARGENTINA²¹⁵

Caso 1:

Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 3ª Nominación de Rosario, 22-9-96, "Zubeldía, Julio César c/Cooperativa de Trabajo Ferroviaria Taller Pérez Limitada s/ Cumplimiento de estatuto" (firme).

El requirente, excluido como socio por resolución asamblearia de la Cooperativa de Trabajo Ferroviario, peticiona se le permita el ejercicio de los derechos emergentes de su calidad de tal, hasta tanto recaiga resolución en el recurso de apelación deducido con efecto suspensivo contra la decisión social. Tanto el ingreso a la sede de la Cooperativa como el desempeño de sus tareas habituales en ella le habían sido negados por el presidente del consejo de administración.

²¹⁵ Los pronunciamientos judiciales sobre medidas autosatisfactivas en materia civil, familiar, comercial, penal y laboral han sido tomados del artículo de investigación: Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales de Marcela García Solá, publicado en la obra colectiva Medidas Autosatisfactivas, Edit. Rubinzal Culzoni, 2004, pp. 689-697 .

La resolución judicial dispone librar oficio al juez competente en el domicilio de la requerida a fin de que, impuesta del contenido de la resolución, proceda a poner al actor en pleno uso y goce de su estado de socio.

Caso 2:

Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 3ª Nominación de Rosario, 30-10-96, “Raineri, Fernando Maximiliano c/ETA General Mosconi SRL s/ Exhibición de libros sociales” (firme).

El peticionante, socio gerente de la accionada, invoca su derecho al acceso a los libros, documentación y registros computarizados de la sociedad, lo que le ha sido vedado en la práctica, requiriendo la orden judicial que le permita el pleno ejercicio de sus facultades emergentes del artículo 55 de la ley 19.550.

El magistrado ordena el libramiento de mandamiento judicial a fin de que el oficial de justicia actuante se constituya en la sede social notifique la resolución, requiera la exhibición de los libros y documentación social y permita al accionante la extracción de copias.

Caso 3.

Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 4ª Nominación de Santa Fe, 24-10-97, “Marín, Julil César c/Banco Azul SA s/Medida autosatisfactiva” (firme).

Invoca el peticionante que la información cursada a su respecto por el Nuevo Banco Azul SA al Banco Central de la República Argentina, y que motivara su inclusión en la base de datos de cuentacorrentistas inhabilitados, se debió a un error de la entidad financiera respecto a la individualización correcta de su número de documento. Solicita con carácter urgente el cese de tal inclusión.

La resolución judicial ordena que en el plazo de veinticuatro horas, el Nuevo Banco Azul SA comunique al Banco Central y a “Organización Veraz” el error en la información y solicite expresamente la exclusión del requirente de la base de datos respectiva.

Caso 4:

Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 8ª Nominación de Rosario, 5-12-97, “Ortiz, Rubén c/lapos y/o Provincia de Santa Fe s/Medida autosatisfactiva. Urgente” (apelada)

Solicita el peticionante la urgente provisión de una prótesis mecánica en posición mitral a la obra social lapos y/o a la Provincia de Santa Fe, a fin de responder a lo requerido médicamente para intervenir quirúrgicamente a su madre, víctima de un cuadro cardiológico severo.

Dada la menesterosidad del solicitante y el peligro en esperar las results del pronunciamiento administrativo instado ante el Ministerio de Salud de la Provincia, la resolución judicial ordena al gobierno de la Provincia de Santa Fe la provisión de la prótesis requerida en el término de dos días.

Caso 5:

Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 13ª Nominación de Rosario, 23-1-98, “Pérez Blanco, Virginia s/Medida autosatisfactiva” (firme)

Invoca la solicitante resultar víctima, junto a sus cinco hermanos, de maniobras desplegadas por la concubina de su padre, internado en estado de extrema gravedad en Sala de Cuidados Intensivos del Sanatorio Plaza, que impedirían su acceso prioritario a las visitas periódicas que aquél estaba autorizado a recibir. Solicita medida autosatisfactiva para remover vías de hecho unilateralmente dispuestas por aquéllas en desmedro de los familiares directos y consanguíneos y a fin de que se privilegie el derecho a la comunicación de los hijos con el padre, en momentos en que su vida corría severo peligro.

El magistrado actuante ordena libramiento de oficio judicial al nosocomio para recibir información acerca de los motivos por los que se obstaculiza la visita de los hijos y, al mismo tiempo, hace saber a quién disponía el ingreso a terapia intensiva que debía asegurar la distribución normal de las visitas de los hijos que lo solicitaran, no mediando oposición del padre.

Caso 6:

Juzgado de Distrito Civil, Comercial y Laboral de Villa Constitución, 3-2-98, “Tabaré, Ofelia I.c/Báez, Dionisio s/Medida autosatisfactiva” (firme)

Se promueva medida autosatisfactiva para lograr el secuestro y restitución a la requirente de un automóvil de su propiedad, del cual se había apoderado su cónyuge –separado de hecho-, privándola de afectarlo al servicio público de remises y, consecuentemente, de obtener su principal medio de sustento.

Dispuesta por el magistrado la designación de una audiencia previa a la instancia decisoria, el requerido accede a restituir de inmediato el automotor de marras, lo que es aceptado por la accionante y, más tarde, homologado por el juez.

Caso 7:

Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 22-8-96, “Cordano, Ana s/Medida autosatisfactiva” (firme)

El peticionante postula la intervención judicial urgente con respecto a su progenitora, respecto de la cual los directivos de la Clínica Psiquiátrica en la que se encontraba internada desde hacía aproximadamente quince años, habían manifestado tener intenciones de externar.

Vista la imposibilidad de los hijos de la paciente de hacerse cargo de la misma y frente al peligro que el traslado podía representar para su salud, el magistrado interviniente dispone su permanencia en la clínica, sin perjuicio de solicitar que le sea suministrada su historia clínica en el término de cinco días.

Caso 8:

Juzgado de Distrito en lo Penal Correccional de la 3ª Nominación de Rosario, 29-8-97, “Denuncia de Torres, Gloria Lucía” (firme)

La denunciante relata ante la fiscalía en turno que le había sido negada por su concubino la entrada al hogar conyugal que compartían desde hacía siete años. Requiere la intervención judicial urgente al solo efecto de que le sea permitido su ingreso al domicilio para retirar sus muebles y efectos personales.

El juez correccional decide el archivo de las actuaciones por inexistencia de delito, y al mismo tiempo, considerando lo limitado de la solicitud e invocando razones de humanidad y celeridad procesal, dispone –expresamente con el carácter de medida autosatisfactiva- el libramiento de oficio judicial a la seccional correspondiente para que personal policial se apersona junto a la denunciante en el domicilio y asegure el reintegro de sus cosas propias.

Caso 9:

Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 4ª Nominación de Rosario, 6-10-97, “Pagano y Cía. Construcciones SCa c/Consortio edificio Amplas s/Demanda autosatisfactiva” (firme)

La empresa constructora solicita autorización judicial para revocar la medianera oeste de un edificio de su propiedad, ingresando su personal por la terraza del lindero. Aduce que tal ingreso le había sido vedado en la práctica, habiendo invocado el vecino la violación de su derecho de propiedad.

Amparada en la naturaleza ineludible y directamente operativa de las restricciones dominiales consagradas por las normas de los artículos 3077 y 2627 del Código Civil, y constatada personalmente por el juez la necesidad insoslayable de la ocupación momentánea de la terraza lindera, la resolución judicial dispone autorizar a la requirente para realizar la tarea con esa modalidad, prohibiendo a la accionada cualquier acto impeditivo u obstructivo de la misma.

Caso 10:

Juzgado de Distrito Civil y Comercial de la 6ª Nominación de Rosario, noviembre de 1997, “Ninotti, Néstor Hugo c/Gastronomía SRL s/Demanda autosatisfactiva” (firme)

Solicita el propietario de un inmueble la cesación de las molestias causadas por la invasión en el mismo, de humo, olores, emanaciones y ruidos que provoca la chimenea instalada en el bar, situado en la planta baja de la misma propiedad.

La sentencia hace lugar a lo peticionado y ordena la realización de la obras necesarias para que cesen las inmisiones en el término de cinco días.

Caso 11:

Juzgado de Competencia Ampliada Distrito Judicial Sur de Ushuaia, 5-5-98, “Dirección Provincial de Puertos c/Pesquera TAP SRL s/Desalojo”

La actora, Dirección Provincial de Puertos, deduce demanda de desalojo contra la Empresa Pesquera TAP SRL, ocupante de un predio de su propiedad en virtud de un contrato de concesión. Como accesoria plantea medida cautelar tendiente al inmediato lanzamiento del ocupante.

Recalificando la pretensión instaurada e interpretando los hechos subsumidos como un “proceso autónomo de demanda autosatisfactiva”, el magistrado ordena el inmediato lanzamiento de la demandada.

El decisorio enfatiza en la innecesariedad de la tramitación del desalojo, por la absoluta certeza del derecho en cabeza del actor, que emanaría de una previa resolución administrativa firme declarando la caducidad de la concesión, y de un acta notarial anterior en la que la propia accionada aceptaba lo reclamado y prometía la restitución del predio en fecha determinada, ambos documentos adjuntados a la demanda.

7. LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS EN LA DOCTRINA NACIONAL

En la doctrina nacional las medidas autosatisfactivas no han merecido la atención que su importancia requiere. Existen algunos estudios aproximativos realizados de manera aislada y a partir de labor de divulgación realizada por su principal difusor, el profesor Jorge W. Peyrano.

Entre estos trabajos tenemos los breves apuntes realizados por Martín Hurtado Reyes²¹⁶ a partir de las Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Civil realizadas en Lima entre el 8 y 12 de setiembre de 1997.

En el año 2002, Juan José Monroy Palacios, en su obra *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar*, dedica seis páginas a las medidas autosatisfactivas, en la que coincidiendo en lo sustancial con la doctrina elaborada por los profesores argentinos, se aleja de aquella en lo atinente al mayor grado de probabilidad exigido para el dictado de una medida autosatisfactiva, en comparación con la verosimilitud exigida para el dictado de una cautelar, sostiene por su parte que al momento de decidir si concede o no la petición del actor, el juez tiene en sus manos los mismos elementos de juicio que cuando va a decidir una cautelar que la diferencia por tanto no está en este aspecto sino en el análisis de la relación material que el actor da a conocer al juez. Señala de otro lado que la finalidad de la cognición judicial está dirigida a calificar si en la situación jurídica llevada al proceso no sólo se presenta una amenaza de daño irreparable sino, sobre todo, a persuadirse de que si no emite decisión definitiva y de actuación inmediata en su primer acto procesal, la materia litigiosa se sustraerá por completo. Finalmente, discrepa con el término “medidas autosatisfactivas” porque *autosatisfacción* da la idea de que un sujeto de derecho se está valiendo de sí mismo para lograr una satisfacción, situación proscrita del ordenamiento jurídico, salvo excepciones señaladas en la ley, concluye sosteniendo que estas medidas deben denominarse proceso urgente con lo cual incurre en una generalidad inaceptable.

El mismo autor, el año 2004, en su obra *Tutela procesal de los derechos*²¹⁷, refiriéndose a estas medidas bajo la denominación de *tutela de urgencia satisfactiva* replantea algunas de sus posiciones expuestas en su obra anterior, esta vez considera como requisito para que la pretensión sea admitida *una probabilidad intensa*, esto es, una elevada posibilidad de ser acogida. Acota, por

²¹⁶ Apuntes de las medidas cautelares en el proceso civil, Librería y Ediciones Jurídicas Lima 1998.pp.177-182.

²¹⁷ Monroy Palacios, Juan José: *La tutela procesal de los derechos*. Palestra Editores SAC Lima 2004, pp.88-90

otro lado que se requiere además que tal pretensión sea *infungible*, es decir, irremplazable, sin posibilidad de ser sustituida por una reparación patrimonial. En lo que se refiere a su trámite debe resolverse dentro de un proceso urgente, mediante una cognición sumaria, con ejecución inmediata por ser la única forma de obtener la satisfacción requerida, con conocimiento de la parte contraria o sin ella, y que los efectos que produzcan deben recibir la autoridad de la cosa juzgada.

En suma, la posición de Monroy Palacios es favorable a la recepción de estas medidas advirtiendo sin embargo que cuando un juez recibe una demanda que contiene una tutela de urgencia satisfactiva, enfrenta una delicada disyuntiva: debe proteger el derecho a un debido proceso del demandado, pero al mismo tiempo debe optar por una actuación inmediata e irreversible de la jurisdicción; alternativa que debe dilucidarse a partir del análisis serio y meticuloso de la *probabilidad* y del grado de *irreparabilidad* que contiene la demora en el amparo de la pretensión propuesta como *urgente y satisfactiva*.

El año 2003, Rolando Martel Chang publica su obra titulada *Medida cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil* teniendo como precedente académico su tesis para la obtención del grado de magister en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, titulada “Acerca de la necesidad de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil”. En su obra resume las posturas predominantes en la doctrina argentina, y coincidiendo con Jorge Mario Galdós sostiene que la denominación más adecuada para forma de tutela es *Proceso autosatisfactivo*, en lugar de *medida autosatisfactiva* porque el término *medida* está asociado a la temática cautelar, en tanto que la tutela autosatisfactiva es un proceso autónomo y tiene la calidad de proceso principal.

Da cuenta del caso de una medida autosatisfactiva y su ejecución, dispuesta por un Juzgado especializado en lo civil de Cerro de Pasco, invocando como sustento de su decisión la posibilidad de anticipación de tutela, la misma que sin embargo fue revocada por la Sala Civil de Huánuco y finalmente, ante el recurso de casación interpuesto, la Corte Suprema resolvió declarar nulo e inadmisibile el

recurso de casación, revelando ambos niveles jerárquicos un profundo desconocimiento de los alcances, naturaleza y contenido de las medidas autosatisfactivas.

En conclusión, en la su obra el autor apuesta por la recepción legislativa de estas medidas a partir de la legislación vigente en algunas provincias argentinas.

8. NUESTRA POSICIÓN

Sostenemos que las medidas autosatisfactivas son decisiones jurisdiccionales estimatorias y definitivas, dictadas *inaudita altera pars* por la urgencia del otorgamiento de tutela jurisdiccional y por la existencia de acreditación cierta de la pretensión postulada.

Consideramos que si bien resulta comprensible definir a las medidas autosatisfactivas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, debido a su desprendimiento y punto de partida cautelar, ello no se condice con la esencia de su naturaleza y finalidad por las consideraciones siguientes:

- 1) Si se trata de decisiones jurisdiccionales urgentes y autónomas es porque su vigencia es definitiva y concluyente, salvo su eventual revocatoria por el superior fundada en la reversibilidad de las decisiones judiciales, por el ejercicio del derecho a la instancia plural.
- 2) Por tratarse de un proceso urgente autosatisfactivo, el grado de exigencia de la acreditación de la pretensión no puede ser menor a la certeza; sostener la suficiencia de acreditación de fuerte probabilidad para su despacho favorable revela una timidez inocultable y un complejo de culpa por su desprendimiento cautelar.

Como acertadamente lo señala el mismo Peyrano, resulta innecesario desdibujar a una institución jurídica (con relación a la tutela cautelar) para hacerle rendir un servicio para el que no fue pergeñada. Mejor es reconocer

que existen nuevas necesidades que reclaman nuevas tutelas que vienen a ser diferenciadas respecto de lo que se tenía hasta entonces²¹⁸.

La cognición sumaria propia de este proceso, en efecto, debe significar la exigencia del mayor grado certeza, y no sólo una fuerte probabilidad de estimación de la pretensión. Los principios de congruencia y razonabilidad exigen que una pretensión urgente y de satisfacción inmediata para ser estimada, deba estar sustentada en un soporte probatorio generador del mayor grado de certeza en el juzgador²¹⁹.

- 3) Las medidas autosatisfactivas, si bien constituyen *soluciones jurisdiccionales* como las soluciones cognitorias, ejecutivas y cautelares, son todas decisiones jurisdiccionales que corresponden a determinado tipo de tutela jurisdiccional sea esta clásica, institucionalizada con reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial o en proceso de elaboración. Resulta evidente que las medidas autosatisfactivas corresponden a este último grupo; no existe unanimidad aún respecto a su denominación, con este fin se emplea las expresiones tutela de urgencia, tutela satisfactiva e incluso tutela autosatisfactiva; nos adherimos a esta última denominación con algunas reservas.
- 4) El dictado *inaudita altera pars* obedece a la existencia de acreditación cierta de la pretensión invocada, sustentada en la consistencia probatoria y en la urgencia de la tutela reclamada, más que a la necesidad de garantizar el éxito de la ejecución de la medida como a menudo se sostiene.

²¹⁸ Peyrano, Jorge W. Aspectos concretos del proceso urgente y de la tutela anticipatoria. Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema. Publicado en La sentencia anticipada. Obra colectiva. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000. P37

²¹⁹ Kielmanovich Jorge, cita a Morello, Sosa y Berizonce quienes sostienen que en este tipo de medidas o procesos el concepto de la mera “verosimilitud” del derecho o interés invocado, propio de las medidas cautelares, aparece como una categoría insuficiente a la luz de la enérgica, simplificada y definitiva intervención jurisdiccional que en ellos se autoriza, por lo que cabe hablar más bien de la comprobación de su existencia en un grado que se asemeja mucho más a la certeza que a la probabilidad, si bien sujeto paradigmáticamente al prudente criterio del magistrado. (Medidas cautelares p.38)

Se admite, no obstante, la posibilidad de una sumaria sustanciación cuando la necesidad de amparar la pretensión postulada, así lo requiere, esta circunstancia autoriza al juez a escuchar a la otra parte. Sin embargo, esta tramitación es excepcional.

Finalmente, consideramos que las medidas autosatisfactivas deben ser recepcionadas en nuestra legislación teniendo como fuente las leyes dictadas en algunas provincias argentinas, con las necesarias adecuaciones a nuestra realidad. Además, por razones de prudencia legislativa y jurisdiccional debe precisarse los casos de procedencia, dejando siempre la fórmula abierta para su aplicación en los casos que por ley posterior se señale.

9. Institutos afines:

La injunction

La *injunction* traducida como *orden judicial* del derecho anglosajón, es una sentencia por la que se ordena al demandado que realice un determinado acto singular o plural o que se abstenga de su realización; es distinta de la condena a la reparación del daño. El proceso con jurado típico conduce a una condena al resarcimiento, mientras que el proceso de *equity* típico, que se desarrolla sin jurado se dirige al pronunciamiento de una *injunction*.

Una *injunction* puede dictarse en casos muy diversos, incluidos los procesos entre particulares: puede solicitarla un propietario cuyo fundo se ha visto reiteradamente invadido por el agua, o la contaminación atmosférica o por animales sueltos pertenecientes al propietario del fundo colindante. También puede solicitarse una *injunction* contra la apropiación de secretos comerciales o contra la interferencia en la ejecución de un contrato.

En el ámbito del Derecho Público, las *injunctions* han sido el instrumento principal en materia de lucha contra la segregación racial, de *antitrust* y de protección del medio ambiente. Pueden dictarse *injunctions* a favor de un órgano administrativo y contra un particular: el Estado puede solicitar una *injunction* contra una contaminación que infringe la normativa en defensa del medio ambiente, o

contra la emisión de obligaciones en infracción de las leyes que rigen la materia. La *injunction* puede dictarse a favor de un particular y contra un órgano o un funcionario administrativo, por ejemplo, un editor que alega que un reglamento administrativo interfiere en la libertad de prensa vulnerando las garantías constitucionales puede solicitar una *injunction* contra el funcionario que tenga encomendada la aplicación de dicho reglamento.

Con frecuencia las *injunctions* se solicitan mientras el ilícito aún se está produciendo, o cuando se da la amenaza de un ilícito inminente, y se trata de infracciones que no pueden ser completamente reparadas por una sentencia que ordene el resarcimiento de los daños. Esta situación de peligro normalmente concurre en el momento en que el actor incoa el proceso, y puede mantenerse hasta que se dicte una *injunctions* definitiva; se da así la necesidad de una *injunction* provisional al objeto de impedir o reducir ulteriores infracciones hasta que el fondo del litigio haya sido completamente decidido.

El tribunal puede definir el contenido de la *injunction* en términos específicos y muy restrictivos, o en términos menos gravosos; puede ordenar que el ilícito se repare en parte con un resarcimiento pecuniario del daño y en parte a través de una actividad desarrollada por el demandado; puede imponer la *injunction* por un periodo de tiempo ilimitado o limitado; puede ordenar que el demandado aporte informaciones que sirvan de prueba de su cumplimiento y puede encargar a un funcionario auxiliar que controle la ejecución de la resolución. La *injunction* puede modificarse con posterioridad teniendo en cuenta una eventual modificación en la situación de hecho. Todas estas valoraciones se confían esencialmente a la discrecionalidad del juez de primera instancia; en relación con ellas podrá intervenir modificándolas, el tribunal de apelación, pero sólo cuando resulte que el juez de primera instancia ha abusado de sus facultades discrecionales.

Un tipo particular de *injunction* es el llamado *institucional decree*. Se trata de una resolución en la que se ordena que un centro escolar, una prisión, un hospital o una empresa comercial adecuen su actividad a determinados criterios jurídicos. Sobre la base de estas resoluciones el tribunal se convierte en una especie de

controlador de la institución a la que se dirige la *injunction*, durante el periodo de tiempo en que ésta despliega sus efectos.

La *injunction* reviste la forma de una orden dirigida personalmente al demandado razón por la cual se dice en ocasiones que la resolución opera *in personam*. La consecuencia concreta es que la falta de cumplimiento de una *injunción* puede ser sancionada como *contempt of court* civil o penal, el demandado puede ser condenado a una sanción pecuniaria o puede ser detenido, con el fin de forzar su cumplimiento y en términos análogos puede ser castigado por haber desobedecido al tribunal²²⁰.

²²⁰ El contenido de las *injunctions* ha sido tomado de: La justicia civil en los Estados Unidos, de Geoffrey C. Hazard, Jr. y Michele Taruffo, Editorial Aranzadi S.A, Navarra 2006 pp.177-180.

TERCERA PARTE

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

Cuestión previa:

Complementariamente al examen y análisis documental de resoluciones cautelares que efectuamos a lo largo del desarrollo de la tesis, hemos efectuado la encuesta a quinientos abogados del distrito judicial de Lima, que en términos porcentuales equivale al 1% aprox. del total de abogados registrados (50,000).

I. INFORMACIÓN GENERAL**Fuente de información.**

500 abogados del distrito judicial de Lima.

Instrumento de acopio de información.

Encuesta

II. RESULTADOS**1. HIPÓTESIS PRINCIPAL**

La doctrina procesal evidencia un desarrollo incipiente de las diversas instituciones de la temática cautelar, puede incluso afirmarse que no existe aún una doctrina procesal cautelar general. Existen esfuerzos aislados de algunos tratadistas que han efectuado importantes estudios descriptivos a partir de la legislación.

Variable: Estado de la doctrina nacional.

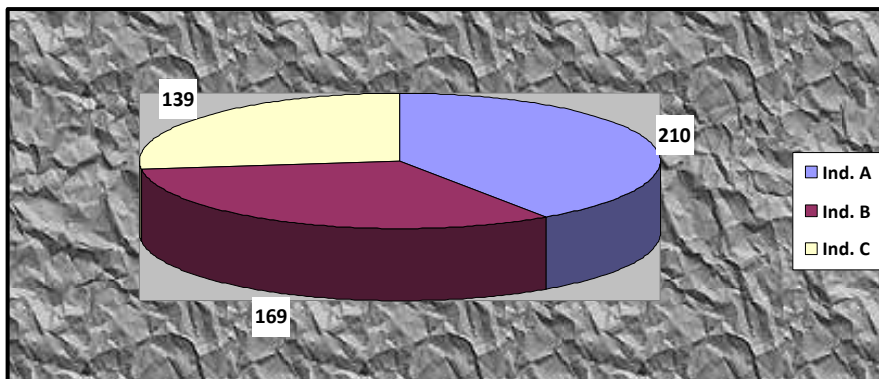
Indicadores:

1. La doctrina procesal cautelar es incipiente (A)

2. Los estudios efectuados son predominantemente descriptivo- exegéticos (B)
3. Los esfuerzos realizados son asimilaciones directas de la doctrina extranjera (C)

ABOGADOS (500)

Indicador A		Indicador B		Indicador C	
Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje
210	42%	160	32%	130	26%



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Los resultados de la encuesta confirman la hipótesis formulada:

1. En el país la doctrina procesal en materia cautelar se encuentra en un grado de desarrollo incipiente; no existe aún una doctrina procesal cautelar general. Los esfuerzos de algunos tratadistas al realizar importantes estudios descriptivos siendo valiosos aislados, no son suficientes.

210 abogados que representan el 42% del total de abogados consultados (500) han expresado su opinión en el sentido señalado, lo

cual revela el real estado en que se encuentran los estudios en material procesal cautelar.

2. En segundo lugar se encuentran los abogados que consideran que el aspecto más relevante de la temática cautelar es la constatación de que los estudios realizados tienen una orientación exegético-descriptivos. 160 abogados que equivale al 32% del total de abogados consultados (500) resaltaron este aspecto como el de mayor trascendencia respecto a la temática cautelar en el país.
3. Un sector no menos importante de abogados consultados consideró que lo más destacable en lo concerniente a la doctrina cautelar es el hecho de que los esfuerzos teórico-doctrinarios son asimilaciones directas de la doctrina extranjera.

En efecto, 130 abogados del total consultado equivalente al 26% optó por este aspecto como el indicador de mayor relevancia.

2. HIPOTESIS SECUNDARIAS

HIPÓTESIS SECUNDARIA 1

Los órganos jurisdiccionales no otorgan la debida relevancia a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento, situación que se evidencia en el uso desmedido de la caución juratoria.

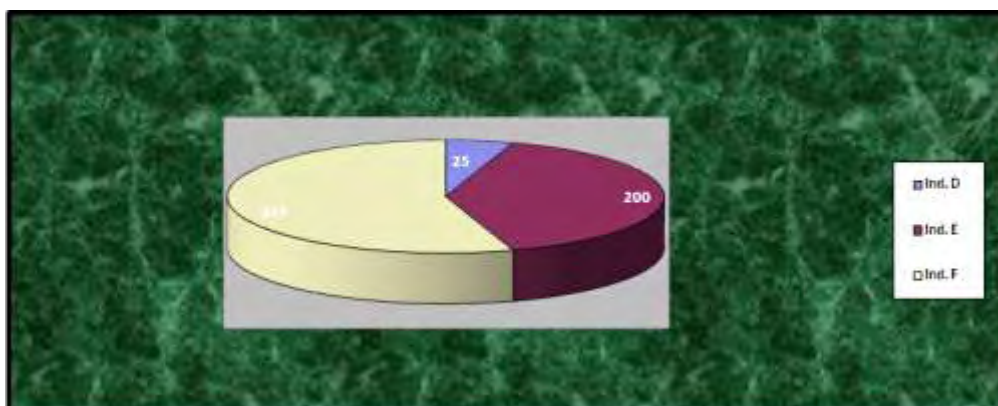
Variable: Tratamiento jurisdiccional de la contracautela

Indicadores

1. Es fijada con criterio prudencial de acuerdo con el principio de proporcionalidad.(D)
2. La contracautela que se fija es desproporcionada: no guarda relación con la naturaleza y magnitud de la medida cautelar dictada. (E)

3. Se hace un uso desmedido de la caución juratoria.(F)

Indicador D		Indicador E		Indicador F	
Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje
25	5%	200	40%	275	55%



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

1. Los resultados demuestran que un porcentaje minoritario de abogados (5%) considera que la contracautela es fijada con criterio prudencial de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Puede inferirse que en sede judicial aún o se otorga la debida importancia a la protección que jurisdiccionalmente debe también otorgarse a quienes se ven afectados por una decisión cautelar, dictada sólo a partir de la verosimilitud del derecho invocado por el actor.
2. El 55% del total de abogados consultados(275) sostiene que se hace un uso desmedido de la caución juratoria. La responsabilidad por el uso desmedido de esta modalidad de contracautela personal no puede ser atribuida únicamente a los magistrados puesto que ésta es propuesta por el interesado. No obstante, es el juez quien tiene la decisión final sobre su admisión, sustitución o rechazo por lo que en última instancia la responsabilidad mayor corresponde a los jueces. Los resultados confirman la hipótesis formulada.
3. Finalmente, un porcentaje considerable de abogados consultados, (40%) cree que la fijación de la contracautela no obedece a un criterio proporcional, ni razonable: en suma la contracautela no guarda relación con la naturaleza y magnitud de la medida cautelar dictada.

HIPÓTESIS SECUNDARIA 2

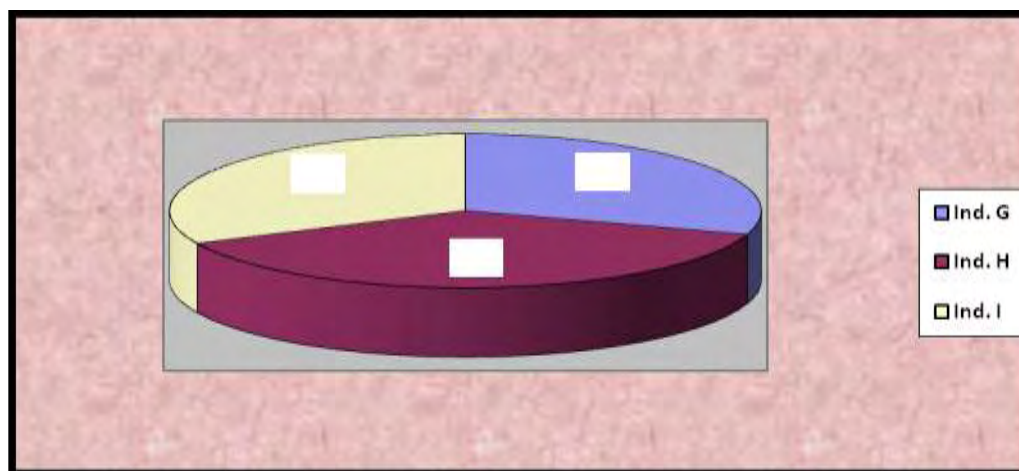
Las medidas cautelares temporales sobre el fondo no son tratadas de acuerdo con su naturaleza y finalidad, frecuentemente son confundidas con las medidas innovativas.

Variable: Grado de conocimiento de las medidas temporales sobre el fondo

Indicadores:

1. Son tratadas como medidas cautelares genéricas. (G)
2. Son tratadas como medidas cautelares innovativas.(H)
3. Son concedidas regularmente de acuerdo con su naturaleza y finalidad prevista en el CPC (I)

Indicador G		Indicador H		Indicador I	
Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje
150	30%	190	38%	160	32%



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

1. Los porcentajes obtenidos respecto a los tres indicadores no muestran diferencias marcadas; no obstante, la mayor parte de abogados consultados considera que las medidas temporales sobre el fondo son tratadas como medidas innovativas. Este resultado revela las habituales confusiones que aún subsisten con relación a la naturaleza y alcances de estas medidas anticipatorias.
2. El 32% de abogados considera que las medidas temporales sobre el fondo son concedidas regularmente de acuerdo con su naturaleza y finalidad prevista en el Código Procesal Civil. En efecto, debe reconocerse que en la judicatura nacional se viene observando importantes avances respecto al conocimiento y uso adecuado de estas medidas, cuyo atributo esencial es la coincidencia de la pretensión cautelar con la pretensión postulada en el proceso principal y cuya satisfacción anticipación se solicita.
3. El 30% de abogados consultados cree que las medidas temporales sobre el fondo, a menudo son tratadas como medidas cautelares genéricas. Con relativa frecuencia se ha podido comprobar que tanto abogados como jueces, ante la duda sobre la naturaleza de la medida cautelar a solicitar optan por atribuir a las medidas temporales sobre el fondo, el carácter de medida cautelar genérica.
4. En conclusión, los resultados nos permiten afirmar que las medidas temporales sobre el fondo paulatinamente vienen siendo objeto de un adecuado conocimiento y manejo.

HIPOTESIS SECUNDARIA 3

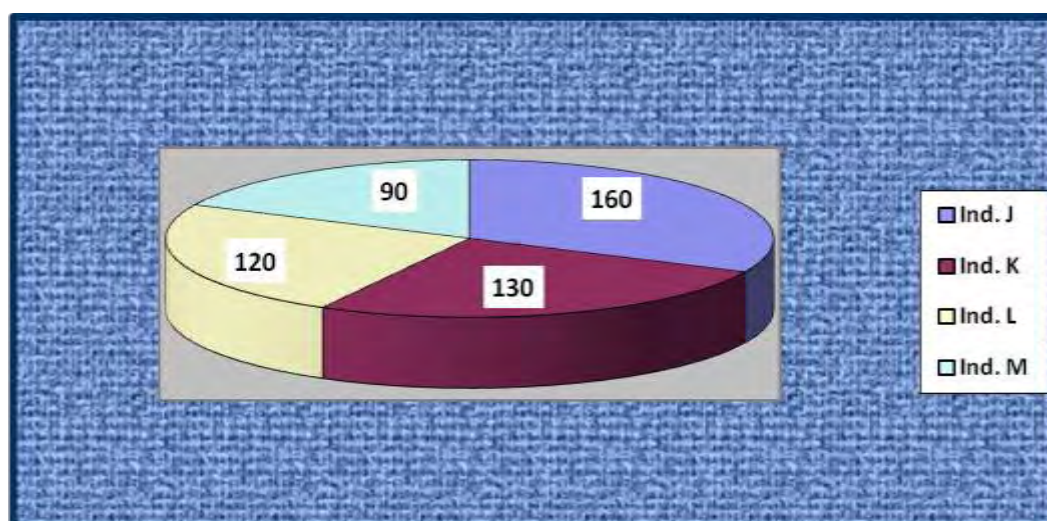
No obstante ser deficitaria las elaboraciones doctrinarias en el país respecto a las medidas innovativas y las de no innovar es la Judicatura nacional la que viene dando importantes pasos en su tratamiento y comprensión cabal.

Indicador: Grado de conocimiento de las medidas innovativas y de no innovar por los jueces y abogados.

Variables:

1. Son poco conocidas, mal utilizadas y otorgadas como medidas cautelares genéricas.(J)
2. Son suficientemente conocidas y utilizadas según su naturaleza y finalidad.(K)
3. Son frecuentemente confundidas con las medidas temporales sobre el fondo.(L)
4. Son ordenadas sin considerar su carácter excepcional.(M)

Indicador J		Indicador K		Indicador L		Indicador M	
Cant.	Porc.	Cant.	Porc.	Cant.	Porc.	Cant.	Porc.
160	32%	130	26%	120	24%	90	18%



ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS

1. En efecto, las medidas innovativas y de no innovar son poco conocidas, mal utilizadas y frecuentemente son solicitadas y otorgadas como medidas cautelares genéricas, tal como lo confirma la medición efectuada: 160 abogados que representan el 32% del total de nuestra muestra considera que éste es el tratamiento que se otorga a estas medidas cautelares.
2. Evidentemente, en la realidad existe un sector considerable de magistrados y abogados que ha llegado a niveles de conocimiento suficiente y manejo adecuado de estas medidas; así lo acredita la encuesta realizada: 130 abogados que representan el 26% del total de la muestra tiene esta percepción.
3. En un tercer grupo no menos importante de abogados (120 que representa al 24% de la muestra) sostiene que las medidas innovativas y de no innovar son frecuentemente confundidas con las medidas temporales sobre el fondo.
4. En cuarto lugar está el grupo reducido de abogados (90 equivalente al 18% de la muestra) que considera que aquellas medidas son ordenadas sin considerar su carácter excepcional.
5. Finalmente podemos acotar que los resultados del trabajo de campo no hacen sino confirmar lo que sucede comúnmente entre los colegas abogados y jueces. Unos y otros ante la duda sobre el tipo de medida cautelar a solicitar u ordenar prefieren utilizar la denominación de medida cautelar genérica cuando por sus alcances se trata de una medida innovativa o de no innovar.

HIPOTESIS SECUNDARIA 4

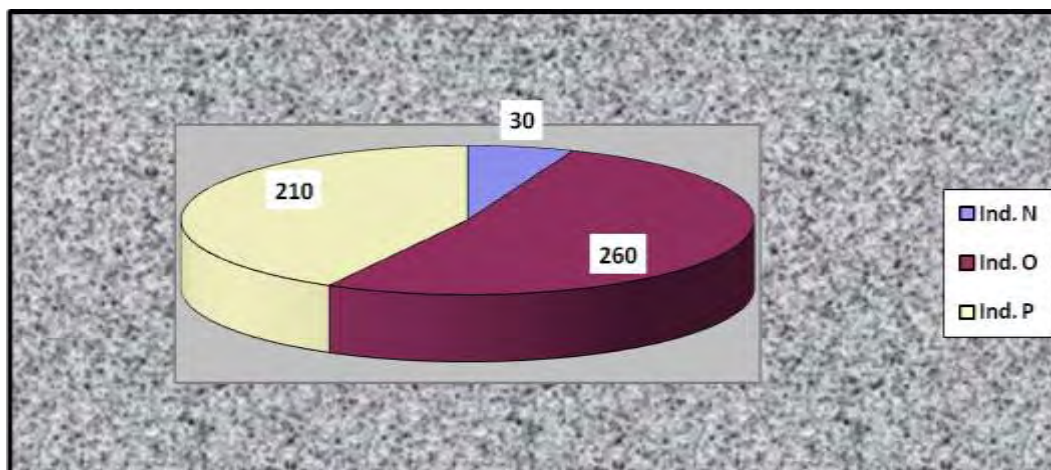
Las medidas autosatisfactivas como una de las expresiones de la tutela de urgencia no son suficientemente conocidas en el ámbito jurídico nacional: abogados y las conciben como medidas cautelares especiales.

Variable: Conocimiento de las medidas autosatisfactivas en el ámbito nacional.

Indicadores:

1. Existe conocimiento suficiente y adecuado. (N)
2. Existe conocimiento incipiente y son consideradas como medidas cautelares.(O)
3. Es un tipo de tutela de urgencia.(P)

Indicador N		Indicar O		Indicador P	
Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje	Cantidad	Porcentaje
30	6%	260	52%	210	42%



ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS

Los resultados demuestran que, en efecto, las medidas autosatisfactivas como una de las expresiones de la tutela de urgencia no son suficientemente conocidas en el ámbito jurídico nacional; éstas son concebidas como medidas cautelares especiales. Del total de abogados consultados, 260 que representa el 52% de la muestra han respondido en el sentido indicado.

210 abogados encuestados (42% de la muestra) han respondido en el sentido de que las medidas autosatisfactivas constituyen una de las expresiones de la tutela de urgencia, y no su manifestación exclusiva, lo cual demuestra que existe conocimiento genérico respecto al tipo de tutela jurisdiccional a la que pertenecen.

Finalmente, solo 30 abogados que representan el 6% de la muestra han demostrado tener conocimiento suficiente y adecuado sobre la naturaleza jurídica de estas medidas.

CUARTA PARTE

APORTES DE LA INVESTIGACIÓN

A LA DOCTRINA

1. SOBRE LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS CAUTELARES

Proponemos: que los estudios de la tutela cautelar correspondan a un plan sistemático y congruente, a partir de las instituciones fundamentales que la integran. En tal sentido consideramos que debe estudiarse secuencialmente y en primer lugar, la naturaleza jurídica y alcances de la tutela jurisdiccional, de la tutela cautelar, del proceso civil y el proceso cautelar, de la medida cautelar precisando las siguientes variables temáticas: concepto presupuesto, características, tramitación, caducidad, cancelación y variación, clases; la contracautela y los órganos de auxilio judicial. En segundo lugar debe procederse al estudio de las medidas cautelares según los diversos criterios taxonómicos, poniendo especial énfasis en el tratamiento legislativo nacional y extranjero. En tercer y último momento, proponemos el estudio de las instituciones jurídico-procesales semejantes o afines a la tutela cautelar positivizadas en la legislación extranjera y las manifestaciones especiales de la tutela diferenciada, entre éstas, la tutela autosatisfactiva.

2. SOBRE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.

Sostenemos la necesidad de la constitucionalización expresa de la tutela cautelar porque dada la trascendencia del aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en un *requerimiento de urgencia* su regulación explícita y manifiesta en el Texto Constitucional, superando de este modo su actual configuración implícita dentro del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139º inciso 3), de la Constitución Política.

Siguiendo al profesor brasileño Ovidio Baptista Da Silva podemos afirmar ciertamente que el verdadero fundamento de la pretensión de seguridad o del derecho sustancial de cautela emana de un principio de naturaleza constitucional, inmanente a todo Estado de Derecho. Su mayor o menor extensión dependerá de múltiples contingencias y factores históricos, sociales y políticos pero su

dimensión constitucional es hoy reconocida no solo por la doctrina europea, sino por los juristas americanos.²²¹

3. SOBRE LA FINALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

Propugnamos la necesidad de erradicar de la teoría cautelar aquellas posiciones que le asignan la finalidad genérica de garantizar la *efectividad de la ejecución de las sentencias*. Esta posición es anacrónica, si bien pudo tener explicación en los orígenes de la tutela cautelar vinculada predominantemente a las sentencias condenatorias, no corresponde a la moderna concepción de la tutela cautelar que tienen como núcleo teleológico la garantía de la efectividad de la sentencia.

Garantizar la ejecución de las sentencias es una finalidad cautelar relacionada únicamente con las sentencias cognitorias condenatorias, solo cubre una parte de los requerimientos cautelares, no otorga cobertura cautelar a aquellas sentencias cognitorias mero declarativas y constitutivas; es decir, es una finalidad parcial y restringida a un tipo de sentencia; esta posición corresponde a las primeras elaboraciones doctrinarias del procesalismo alemán del siglo XIX que por mucho tiempo consideró a las medidas cautelares como un apéndice de la ejecución forzada.

Garantizar la efectividad de las sentencias; sí, es una finalidad omnicompreensiva, cubre todos los requerimientos de la tutela cautelar, otorga protección cautelar a todo tipo de sentencias cognitivas e incluso no contenciosas; esta posición corresponde al procesalismo italiano del siglo XX, fundamentalmente a partir de los estudios de Guiseppe Chiovenda y Piero Calamandrei.

4. SOBRE LA TUTELA PREVENTIVA Y TUTELA CAUTELAR

Afirmamos que la tutela cautelar es preventiva y mediata porque está orientada a evitar el daño que el desarrollo regular del proceso pueda generar;

²²¹ Baptista Da Silva Ovidio A. *“Jurisdicción y Ejecución”*. Lima, Biblioteca de Derecho Procesal 1, Palestra Editores, 2005.

mas no evita el daño originario inherente a la lesión que nace de la propia relación jurídica. La tutela preventiva inmediata no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento procesal, salvo el caso especial de la tutela de cognición mero declarativa a través de la cual se busca poner fin a una incertidumbre jurídica, o poner fin a una amenaza, evitar un daño, como por ejemplo cuando se demanda la declaración judicial de extinción de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

La tutela preventiva inmediata está reservada, en nuestra legislación a los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, tal como lo señalan: el artículo 200º de la Carta Magna y los artículos 1º y 2º y 3º de la Ley Nº 28237, Código Procesal Constitucional. En efecto, es posible invocar esta tutela mediante estos procesos constitucionales ante la *amenaza* de vulneración de la libertad individual o derechos constitucionales conexos o de los derechos fundamentales respectivos; en la tutela clásica represiva no es posible actuar ante la sola amenaza, sino luego de producida la vulneración de los derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento jurídico.

5. TUTELA CAUTELAR Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Coincidimos con Eduardo García de Enterría cuando sostiene que nuestros tiempos ha resultado ser especialmente sensible a la necesidad de que los Tribunales puedan disponer de un haz de medidas cautelares suficientes para evitar la frustración de sus decisiones de fondo. Esa sensibilidad se ha expresado en recientes y solemnes sentencias de los más significados Tribunales Constitucionales europeos que han sostenido unánimemente que la exclusión -o aún la limitación- de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente; al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa.”²²²

²²² García de Enterría, Eduardo: ob. cit. p.347-348.

6. SOBRE LA TUTELA CAUTELAR Y TEST DE PROPORCIONALIDAD

Sostenemos que la preservación irrestricta del principio de proporcionalidad debe suministrar a los sujetos de la relación procesal cautelar, elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene o pretende obtener a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción cautelar.

El test de proporcionalidad está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. El primero significa que la decisión cautelar sea apropiada respecto a la pretensión a cautelar; el segundo es la condición a la cual es imposible sustraerse, faltar o resistir por exigírselo así la naturaleza de la pretensión cautelable y el tercero alude a la conformidad o proporción entre la decisión cautelar y la pretensión cautelable.

A su vez el principio de razonabilidad exige que la medida restrictiva de un derecho fundamental a causa del dictado de una decisión cautelar se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes lo que, en efecto, justifica una intervención estatal jurisdiccional en el ámbito de los derechos fundamentales.

7. SOBRE LA SENTENCIA DESESTIMATORIA, EL AUTO O SENTENCIA DE IMPROCEDENCIA FRENTE A LA MEDIDA CAUTELAR

Consideramos que si bien existe previsión normativa expresa en el caso de desestimación de la demanda, no sucede lo mismo cuando recae sobre la demanda un auto o sentencia de improcedencia. Sin embargo, sostenemos que la consecuencia es la misma: la medida cautelar debe ser cancelada puesto que si no es posible emitir una sentencia de fondo por la ausencia de algún presupuesto procesal que no permite validar la relación procesal, entonces, resulta absolutamente lógico que no pueda mantenerse la medida cautelar. Si la medida

cautelar queda cancelada por una sentencia desestimatoria con mayor razón tendría que caer por una de improcedencia.

Sin embargo, hay quienes a partir de un razonamiento aparentemente lógico y formal sostienen que *la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada solo si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda*, entonces, luego, ante una sentencia que declara improcedente la demanda *concluyen* que no puede cancelarse la medida cautelar.

Este razonamiento parte de una aparente consistencia normativa, siendo que en esencia contiene una hipótesis falsa por lo que la conclusión no podría ser verdadera. En efecto, si la medida cautelar es dictada, entre otros presupuestos, por la verosimilitud del derecho invocado, al dictarse la resolución judicial que desestima la demanda, dicho presupuesto cae inexorablemente, situación que determina la cancelación de la medida. Ahora bien, tratándose de una resolución de improcedencia en la que no existe pronunciamiento sobre el fondo, con mayor razón la medida cautelar debe ser cancelada.

Hasta antes de las modificaciones introducidas mediante el Decreto Legislativo 1069, si la sentencia de primera instancia declaraba infundada la demanda, la medida cautelar quedaba cancelada irremediabilmente aunque aquella hubiese sido apelada, no cabía otra alternativa. El problema surgía cuando el juez de revisión revocaba la sentencia apelada; se tenía que intentar una nueva medida cautelar, en este lapso el demandado por lo general ya había transferido real o simuladamente sus bienes, la pretensión cautelar en estos casos resultaba estéril, los bienes ya habían sido dispuestos. A partir de junio del 2008 en que se producen las modificaciones, a pedido del solicitante, el Juez puede mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que el interesado ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

Esta modificación obedece al clamor persistente de los justiciables reclamantes de tutela cautelar quienes no obstante impugnar la sentencia desestimatoria de la demanda tenían que resignarse a admitir la cancelación de la

medida cautelar aunque posteriormente, como ya fue dicho, el juez superior revocase la sentencia apelada.

Si la apelación concedida generaba como consecuencia la suspensión de los efectos de la sentencia interpuesta, *por qué* tenía que surtir efecto sobre la medida cautelar disponiéndose su cancelación²²³. Dicha regulación vulneraba principios esenciales de la teoría de la impugnación y generaba un estado de inseguridad y desprotección con grave afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con la modificación introducida se ha subsanado esta incongruencia permitiendo al titular de la medida mantenerla vigente previo ofrecimiento de contracautela; esta solución es positiva vista desde la postura e interés del demandante; empero, es incongruente desde la perspectiva del afectado con la medida, puesto que ésta es mantenida no obstante haber desaparecido el presupuesto de la verosimilitud del derecho invocado.

8. SOBRE LA NATURALEZA DE LA CONTRACAUTELA

Afirmamos que la contracautela es una garantía procesal por tener finalidad resarcitoria suspensiva más no un presupuesto para el otorgamiento de la medida cautelar. Es *resarcitoria* porque está destinada a garantizar la eficacia una pretensión indemnizatoria eventual cuyo monto oportunamente tendría que ser determinado y fijado previo traslado a la otra parte. Es *suspensiva* porque su vigencia está condicionada a la verificación de una condición que no es otra que la cancelación de la medida cautelar a causa de la desestimación de la pretensión principal. No es un presupuesto porque un requisito de orden administrativo no puede ser considerado entre las condiciones consustanciales a su naturaleza y dinámica. Consideramos que se trata de un requisito de admisibilidad.

El auto cautelar en el que se fija la contracautela no tiene naturaleza ejecutiva, su naturaleza es constitutiva mero declarativa y su finalidad es resarcitoria. Tiene naturaleza ejecutiva el auto en el que finalmente se fija el monto

²²³ Se aducía como fundamento de dicha regulación que al declararse infundada la demanda caía la verosimilitud del derecho invocado y con ello procedente la cancelación de la medida.

a pagar por concepto indemnizatorio, monto que no siempre coincide con la suma ofrecida y fijada genéricamente por el auto cautelar.

La frase “En caso de ejecución de la contracautela...” contenida en el penúltimo párrafo del artículo 613º del CPC contiene un inaceptable error que colisiona con la finalidad asignada a la contracautela. Es error porque no puede ejecutarse lo que no constituye aún una obligación ejecutiva ni el documento que la contiene tiene la calidad de título ejecutivo.

No debemos olvidar que lo fijado como contracautela sólo es el límite máximo para la finalidad resarcitoria mas no es aún un monto determinado, líquido, ni cierto como monto indemnizatorio; esta cantidad tiene que ser fijada previo traslado a la otra parte. Entonces *¿En qué momento lo fijado como contracautela se convierte en obligación ejecutiva y cuál es la resolución que adquiere la calidad de título ejecutivo?*

La desestimación de la demanda y con ello la cancelación de la medida cautelar es la condición suspensiva para la vigencia efectiva de la contracautela. En consecuencia, producida la condición se produce un viraje completo en el curso del proceso. El antes afectado con la medida cautelar ahora pasa a la ofensiva: postula su pretensión resarcitoria, en el mismo cuaderno cautelar y ante el mismo juez que dispuso la medida quien en salvaguarda del debido proceso corre traslado a la otra parte (antes titular de la medida) luego de absuelto este trámite o en rebeldía, el Juez resuelve lo conveniente, fijando el monto a pagar como indemnización por el daño causado; esta resolución al adquirir la calidad de firme se convierte en título ejecutivo por contener, esta vez sí, una obligación cierta, expresa, exigible y líquida. Véase que no es el auto cautelar el que finalmente asume la calidad de título ejecutivo sino un auto distinto en el que se fija el monto definitivo de la indemnización.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante

malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado, este es el precepto contenido en el artículo 4º del Código Procesal Civil.

La responsabilidad civil por el ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción en un proceso contencioso o no contencioso es una de las garantías que el ordenamiento jurídico ha previsto para quien se vea afectado por dicho proceder y una sanción para quien distorsione el uso regular de tal derecho. En consecuencia, la contracautela no es otra cosa que la regulación especial anticipada y genérica de la responsabilidad civil que podría emerger en el curso de un proceso cautelar.

9. SOBRE LA DENOMINACION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES GENERICAS.

Planteamos la necesidad de sustituir la denominación “medidas cautelares genéricas.” por la de *medidas cautelares inespecíficas*. La denominación legal e incluso doctrinaria “*medidas cautelares genéricas*” en efecto, no corresponde a la naturaleza y status jurídico de las medidas a las que alude.

Si lo genérico es aquello que es común a varias especies, por tanto relativo al género, las medidas cautelares genéricas deberían comprender a las específicas, mas ello no es así, puesto que los cuatro tipos de medidas cautelares específicas tienen su naturaleza, objeto y dinámica particular.

En consecuencia, la denominación de medidas cautelares genéricas a aquellas medidas cautelares no contenidas en las medidas cautelares específicas constituye un error lógico y jurídico que debería ser corregido inmediatamente; proponemos que tales medidas en esencia sean denominadas medidas cautelares atípicas e inespecíficas.

10. SOBRE LOS EXCEPTUADOS AL OFRECIMIENTO DE CONTRACAUTELA

Afirmamos que el requisito de admisibilidad del ofrecimiento de contracautela permite tres situaciones de excepción cuyos fundamentos son los siguientes:

➤ **Presunción de solvencia económica.**

Los Poderes: Legislativo, Ejecutivo, judicial, los Órganos Constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las Universidades están exceptuados de ofrecer contracautela porque se presume su solvencia económica al estar respaldada por el Presupuesto General de la República.

Esta exoneración sólo alcanza al Estado a través de sus diversos órganos e instituciones constitucionales autónomas. Las personas individuales o colectivas de derecho privado no están comprendidas dentro de esta excepción.

El fundamento de este tratamiento privilegiado para el Estado y sus instituciones públicas, como lo señalamos precedentemente, está basado en una presunción de orden financiero: el Estado es titular del presupuesto público y del patrimonio de la nación por consiguiente no puede haber duda sobre su capacidad para haber frente al pago de una eventual responsabilidad civil; no obstante, en la realidad, el Estado no es precisamente el mejor cumplidor de las disposiciones emanadas de una decisión judicial.

➤ **Presunción de insolvencia económica**

Esta excepción tiene como beneficiario a quien se ha concedido auxilio judicial (art.614º CPC). Este beneficio se concede a las personas individuales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso ponen en peligro su subsistencia y la de quienes de ellas dependen. El auxilio judicial está regulado en los artículos 179º a 187º del código procesal civil.

La persona pobre que pretenda interponer una demanda cautelar, antes de iniciarse el proceso principal, debe en primer lugar solicitar auxilio judicial y luego de aprobada su solicitud, demandar la medida cautelar, acreditando estar exonerado de prestar contracautela.

De otro lado, en un proceso de cognición en trámite, o en uno de ejecución, es verdad que puede solicitarse medida cautelar, pero la persona pobre para estar exonerada de contracautela debe solicitar, previamente, el otorgamiento de auxilio judicial, sólo después de obtenerlo puede demandar medida cautelar, en el proceso en trámite. La exoneración de contracautela por gozar de auxilio judicial debe acreditarse de modo documental, al momento de solicitar la medida cautelar.

Finalmente, respecto a los casos de exoneración, además de lo señalado en el artículo 614º del código procesal civil; gozan del mismo tratamiento las medidas cautelares solicitadas como medidas de protección inmediatas tal como lo señala el artículo 7º de la ley N° 26260, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, publicado el 27-06-97. Sin embargo, estas medidas propiamente no tienen naturaleza cautelar, son medidas autosatisfactivas que se agotan con su dictado y ejecución.

➤ **Presunción de veracidad del derecho invocado**

Alude a aquellos procesos de cognición, únicos de ejecución e incluso no contenciosos seguidos hasta el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, sin contar con el respaldo o garantía de una medida cautelar.

La obtención de sentencia favorable otorga veracidad y certeza al derecho cuya eficacia se pretende cautelar. En este supuesto carece de objeto ofrecer contracautela porque se presume que la ejecución de la medida cautelar no causará daño alguno al demandado vencido. Conforme lo dispone el artículo 615º del cpc *“Es procedente el pedido de medida cautelar de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada. El pedido cautelar se solicita y ejecuta en cuerda separada ante el Juez de la demanda, con copia certificada de*

los actuados pertinentes, sin que sea preciso cumplir los requisitos exigidos en los incisos 1. y 4. del Artículo 610.”

11. SOBRE LOS ORGANOS DE AUXILIO

Afirmamos que los órganos de auxilio judicial son colaboradores o auxiliares externos de la función jurisdiccional pues desempeñan el cargo en nombre del Juez; constituyen en cierto modo una forma especial de representación. Ejercen función pública transitoriamente, sin pertenecer a la estructura orgánica del Poder Judicial, por lo demás esta condición les es reconocida por el artículo 392º y 425º del Código Penal.

El fundamento de esta institución radica en la necesidad y la conveniencia del Juez para adecuarse a las diversas exigencias y situaciones prácticas que el proceso plantea y que no pueden ser asumidas directamente por aquél, no obstante encontrarse bajo su total responsabilidad. La obra de carácter continuada del juez, desarrollada fuera de su despacho y con frecuencia lejos de éste, requiere ser integrada y complementada por personas a las que se les denomina órganos de auxilio. En efecto, tratándose de medidas cautelares que afectan bienes muebles e inmuebles, si bien se encuentran dentro de la esfera del control jurisdiccional, no quedan bajo la custodia del juez, sino de los órganos de auxilio.

12. SOBRE EL SECUESTRO CONSERVATIVO Y JUDICIAL

Aseveramos que el secuestro como toda medida cautelar es dictada por el Juez en un proceso determinado, a pedido de parte, por consiguiente, todo secuestro es judicial, De otro lado, el carácter conservativo atribuido a una de sus manifestaciones, también es inexacto puesto que ambas modalidades están impregnadas de tal atributo. *En conclusión: toda medida cautelar de secuestro es conservativa y judicial simultáneamente.*

Como sostiene Ugo Rocco no hay diversidad de la función ya que las diferentes figuras de secuestro tienen todas la función de sustraer la disponibilidad de los bienes, proveyendo a la custodia de ellos; no hay diversidad de finalidad,

por cuanto todas ellas tienen el fin de evitar y eliminar un peligro; no hay diversidad de medios o modalidades para conseguir las providencias respectivas, ya que todas las medidas cautelares son solicitadas y emitidas en un proceso²²⁴. Sin embargo, además de esta identidad funcional inmediata entre el secuestro judicial y el secuestro conservativo, cada uno de ellos tiene una finalidad mediata, distinta, relacionada con la pretensión principal a la que cautelan, con más propiedad debería decirse que cada uno tiene un interés tutelado diferente. *En el secuestro judicial* esta finalidad o interés consiste en garantizar que la pretensión principal sobre el mejor derecho de propiedad o posesión, logre protección jurisdiccional efectiva; *en el secuestro conservativo* consiste en garantizar el cobro de determinada acreencia, reclamada en un proceso único de ejecución.

13. SOBRE EL PROBLEMA DEL ANTICIPO DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LAS MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO Y SU NATURALEZA CAUTELAR.

Sostenemos que las medidas temporales sobre el fondo son decisiones cautelares que se traducen en la ejecución anticipada, parcial o total, de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, configurándose así una coincidencia total o parcial entre la pretensión cautelar y la pretensión cautelada o principal. También son conocidas como medidas provisionales de seguridad o cautelas materiales porque producen el efecto de una satisfacción anticipada de la pretensión principal misma. No están destinadas a garantizar derechos de crédito sino prestaciones de otra naturaleza, van más allá del aseguramiento para la ejecución forzada.

La tutela anticipatoria es aquella desarrollada por la legislación y doctrina brasileña que puede ser concedida en el curso del proceso de conocimiento, siendo viable no sólo para evitar un daño irreparable o de difícil reparación, sino también para que el tiempo del proceso sea distribuido entre la partes litigantes en la proporción de la evidencia del derecho del actor y de la fragilidad de la defensa del demandado. La tutela anticipatoria rompe con el principio *Nulla executio sine título*, fundamento de separación entre conocimiento y ejecución. Las pretensiones

²²⁴ Rocco, Ugo: Ob, cit. pp.153.

sumarias y satisfactivas del derecho material son admitidas no en forma cautelar, sino a través del referido instituto de urgencia denominado anticipación de tutela.

Concluimos afirmando que de acuerdo con lo desarrollado hasta el momento en el ámbito doctrinario, afirmamos que la tutela de urgencia anticipatoria tiene dos manifestaciones importantes y definidas: una de ellas es la tutela cautelar anticipatoria y la otra es la tutela de urgencia satisfactiva. Las medidas temporales sobre el fondo previstas en el Código Procesal Civil son la expresión específica de la tutela cautelar anticipatoria, pretender restarles carácter cautelar significaría atribuirles naturaleza autosatisfactiva y autónoma y por tanto, comprenderlas dentro de la tutela de urgencia satisfactiva.

14. SOBRE LAS MEDIDAS INNOVATIVAS

Decimos que la medida cautelar innovativa es una decisión jurisdiccional cautelar excepcional dictada para restablecer el estado de hecho o de derecho que fue alterado por un acto arbitrario e ilegal. La decisión cautelar implica, por consiguiente, una modificación o cambio de la actual situación vulneratoria de los derechos del actor (*situación A*) por la situación fáctico-jurídica anterior de integridad de sus derechos (*situación B*). Las circunstancias constitutivas del hecho vulneratorio pueden presentarse como hechos dinámicos o estáticos restitutivo de la situación vulnerada: en el primer caso la innovación cautelar consistirá en un no hacer; en el segundo, en un hacer.

Si la restitución de la situación fáctica o jurídica cuya innovación se reclama en la demanda consiste en la materialización anticipada de la pretensión en ella postulada, estaríamos frente a una medida temporal sobre el fondo.

El factor de confusión reiterada entre las medidas innovativas y las temporales sobre el fondo está referida a *la existencia de elementos de cambio o alteración de la situación existente*, solo que en las primeras el cambio o modificación que se solicita representa el sustento de la demanda, mas no la demanda misma; en las segundas, el cambio o innovación que se pide es la

realización provisional de la pretensión postulada en la demanda, por tanto existe identidad plena entre la pretensión cautelar y la pretensión cautelada.

Por último sobre desde una posición crítica, afirmamos que la razón de su excepcionalidad: la inaplicabilidad de otra medida prevista en la ley, nos parece innecesaria e intrascendente puesto que ninguna de las otras medidas cautelares previstas en la ley podría ser aplicada para los supuestos de procedencia de estas medidas. En efecto, el embargo, el secuestro, la anotación de demanda, las temporales sobre el fondo, las de no innovar todas tienen características, finalidades y presupuestos propios que en modo alguno podrían ser aplicados ante un requerimiento cautelar innovativo.

15. SOBRE LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Afirmamos que si bien resulta comprensible definir a las medidas autosatisfactivas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, debido a su desprendimiento y punto de partida cautelar, ello no se condice con la esencia de su naturaleza y finalidad por las consideraciones siguientes:

- 1) Si se trata de decisiones jurisdiccionales urgentes y autónomas es porque su vigencia es definitiva y concluyente, salvo su eventual revocatoria por el superior fundada en la reversibilidad de las decisiones judiciales, por el ejercicio del derecho a la instancia plural.
- 2) Por tratarse de un proceso urgente autosatisfactivo, el grado de exigencia de la acreditación de la pretensión no puede ser menor a la certeza; sostener la suficiencia de acreditación de fuerte probabilidad para su despacho favorable revela una timidez inocultable y un complejo de culpa por su desprendimiento cautelar. La cognición sumaria propia de este proceso, en efecto, debe significar la exigencia del mayor grado certeza, y no sólo una fuerte probabilidad de estimación de la pretensión. Los principios de congruencia y razonabilidad exigen que una pretensión urgente y de satisfacción inmediata

para ser estimada, deba estar sustentada en un soporte probatorio generador del mayor grado de certeza en el juzgador²²⁵.

- 3) Las medidas autosatisfactivas, si bien constituyen *soluciones jurisdiccionales* como las soluciones cognitorias, ejecutivas y cautelares, son todas decisiones jurisdiccionales que corresponden a determinado tipo de tutela jurisdiccional sea esta clásica, institucionalizada con reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial o en proceso de elaboración. Resulta evidente que las medidas autosatisfactivas corresponden a este último grupo; no existe unanimidad aún respecto a su denominación, con este fin se emplea las expresiones tutela de urgencia, tutela satisfactiva e incluso tutela autosatisfactiva; nos adherimos a esta última denominación con algunas reservas.
- 4) El dictado *inaudita altera pars* obedece a la existencia de acreditación cierta de la pretensión invocada, sustentada en la consistencia probatoria y en la urgencia de la tutela reclamada, más que a la necesidad de garantizar el éxito de la ejecución de la medida como a menudo se sostiene. Se admite, no obstante, la posibilidad de una sumaria sustanciación cuando la necesidad de amparar la pretensión postulada, así lo requiere, esta circunstancia autoriza al juez a escuchar a la otra parte. Sin embargo, esta tramitación es excepcional.
- 5) Finalmente, consideramos que las medidas autosatisfactivas deben ser recepcionadas en nuestra legislación teniendo como fuente las leyes dictadas en algunas provincias argentinas, con las necesarias adecuaciones a nuestra realidad. Además, por razones de prudencia legislativa y jurisdiccional debe precisarse los casos de procedencia, dejando siempre la fórmula abierta para su aplicación en los casos que por ley posterior se señale.

²²⁵ Kielmanovich Jorge, cita a Morello, Sosa y Berizonce quienes sostienen que en este tipo de medidas o procesos el concepto de la mera “verosimilitud” del derecho o interés invocado, propio de las medidas cautelares, aparece como una categoría insuficiente a la luz de la enérgica, simplificada y definitiva intervención jurisdiccional que en ellos se autoriza, por lo que cabe hablar más bien de la comprobación de su existencia en un grado que se asemeja mucho más a la certeza que a la probabilidad, si bien sujeto paradigmáticamente al prudente criterio del magistrado. (Medidas cautelares p.38)

QUINTA PARTE

CONCLUSIONES
Y
RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Por la naturaleza de la investigación seguidamente desarrollamos las conclusiones teórico-doctrinarias y al final presentaremos las conclusiones empírico-sociológicas obtenidas mediante la encuesta de quinientos abogados de Lima.

1. CONCLUSIONES TEÓRICO-DOCTRINARIAS:

DEL CAPITULO PRIMERO

La tutela jurisdiccional

La tutela jurisdiccional es el mecanismo de protección, defensa o amparo de los derechos e intereses que se materializa en el ámbito procesal y en virtud del cual todo sujeto de derecho está legitimado para reclamar, por sí mismo o en representación de otro, ante los órganos jurisdiccionales la protección inmediata de sus derechos cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o de un particular.

Tiene una función trascendente respecto a los otros derechos humanos, porque permite la exigibilidad de estos ante un órgano del Estado. Es un derecho de naturaleza compleja, pues acoge derechos conformantes de su estructura tales como: el derecho de toda persona a acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, el derecho a una justicia oportuna, el derecho a obtener una sentencia que resuelva la controversia; y el derecho a la efectividad de la tutela.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho autónomo porque su ejercicio no está supeditado a la existencia del derecho o interés cuya protección se reclama. Su violación implica la transgresión, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental. El artículo 37º del Código Procesal Constitucional otorga al Derecho a la Tutela procesal efectiva el status de derecho constitucional por tanto, protegido por el proceso constitucional de amparo.

Debido proceso

El *debido proceso* es un derecho humano fundamental de naturaleza procesal conforme al cual toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas, destinadas a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso para lo cual debe permitírsele el derecho a ser oído y hacer valer sus pretensiones ante un juez natural, debidamente asesorado o defendido, garantizándosele al mismo tiempo su derecho a probar, a impugnar como medio para acceder a la instancia plural.

La doctrina y la jurisprudencia actualmente lo consideran como un derecho humano fundamental, consustancial a todo estado democrático. Las fases por las que pasó la consolidación doctrinaria y normativa de este derecho fundamental son tres: debido proceso adjetivo, debido proceso constitucional y debido proceso sustantivo.

El derecho al debido proceso como tal es un derecho continente cuyo contenido específico está constituido por el conjunto de principios, reglas y derechos fundamentales del procesado, como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

El Tribunal Constitucional (expediente N° 2185-HC-TC el fundamento 6), ha precisado que “Mientras que la tutela judicial efectiva supone el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”²²⁶

²²⁶ Fundamento 6 de la sentencia pronunciada en el expediente N° 8125-2005-PHC/TC.

DEL CAPITULO II: TUTELA CAUTELAR

Evolución histórica

El profesor Francisco Ramos Rameu sostiene que la tutela cautelar, en su recorrido histórico pasó por tres grandes momentos: época de los orígenes, época de la responsabilidad y la época del control judicial.

➤ La época de los orígenes

Corresponde al proceso romano y al derecho medioeval en los que la tutela cautelar era una institución circunstancial y accesorio en el litigio y tenía una regulación escueta orientada a la protección de situaciones concretas: representa la infancia de la tutela cautelar.

Entre las instituciones que en el derecho romano jugarían un papel similar al de la tutela cautelar tal y como se le conoce hoy en día época figuran: *El nexum*, *la cautio damni infecti*, *la operis novi nuntiatio*, *la pignoris capio*, *la missio in possessionem*, *la restitutio ad integrum*, entre otras. Por su importancia a continuación presentamos los aspectos centrales de cada una de las mencionadas.

En la edad media, en el siglo XII, en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, en el Título IX de la Partida III se reguló el secuestro de bienes muebles ante seis supuestos debidamente tipificados y correspondía al juez comprobar la concurrencia de las circunstancias previstas para su dictado. En las Partidas también se establecía la nulidad radical de cualquier transmisión de la cosa litigiosa después del emplazamiento del demandado, incluyendo una posible sanción al transmitente; esta disposición no es más que la plasmación del principio *lite pendente nihil innovatur*.

Como se ha podido apreciar, todas las instituciones presentadas, si bien tienen contenido cautelar por su finalidad, muchas de ellas eran realizadas en ámbito

extraprocesal y las llevadas a escenario procesal eran postuladas como pretensiones principales. En suma, no tenían tratamiento cautelar procesal sino cautelar sustantivo. Ello explica que la tutela cautelar no mereciera un tratamiento preferente de los juristas; así por ejemplo *La Curia Philípica*, de Juan de Heví Bolaños, publicada en 1603, obvia íntegramente toda mención al tema cautelar.

➤ **Época de la responsabilidad**

Se ingresa a esta época en el siglo XIX. En este momento de evolución de la tutela cautelar se produce el acceso a un sistema de responsabilidad para el solicitante de la medida; integrándose en el ámbito de protección cautelar al propio afectado con la medida, ante el eventual desamparo de la pretensión principal.. La tutela cautelar cobra mayor importancia y tanto las leyes como la doctrina empiezan a tratarla en forma sistemática. Las medidas cautelares pasan a tener una regulación más amplia, se acrecienta el número de medidas cautelares posibles y se permite su aplicación en un mayor número de casos. Entre las innovaciones resaltantes está la previsión de un sistema de responsabilidad del solicitante de tutela cautelar en algunos supuestos, principalmente cuando el embargo se solicita sobre la base de un título no ejecutivo, se establece la prestación de caución cuando el deudor no tuviera solvencia conocida.

➤ **Época del control judicial**

Corresponde al siglo XX en que se produce una revolución en el tratamiento normativo de la tutela cautelar. Se delega al juez la responsabilidad de establecer las circunstancias en que una medida cautelar deba ser dictada, es decir, se establece un control judicial intenso de las solicitudes de tutela cautelar. Se incrementa el número de medidas cautelares que pueden adoptarse y se unifica el procedimiento para su adopción, todo esto se produce en el contexto de una economía de mercado que se consolida y requiere de los

órganos jurisdiccionales cada vez respuestas más rápidas y efectivas, lo que lleva a la doctrina a centrar su atención en la institución.

En acertada afirmación, Ramos Romeu al referirse a esta época sostiene que “hoy en día puede hablarse de la consolidación legal de dos grandes instrumentos: la responsabilidad civil por daños derivados de la tutela cautelar, junto con la caución y el control judicial de los presupuestos de la cautela.”²²⁷

Concepto

La tutela cautelar es una de las formas que adopta la tutela jurisdiccional ordinaria como deber de Estado; garantiza la eficacia de la tutela de cognición y ejecutiva finalidad que se extiende a las pretensiones tramitadas en procesos no contenciosos.

El derecho a la tutela cautelar, en su dinámica, presupone que los sujetos del proceso desplieguen determinada dosis de actividad cognitoria y ejecutiva. El juicio de razonabilidad expresado en la apariencia de buen derecho y la determinación del peligro en la demora así lo exigen; empero esta actividad cognitoria no está orientada a producir certeza en el juzgador sino tan solo una ostensible apariencia de que el peticionante litiga con razón; la actividad ejecutiva no es satisfactoria, es únicamente una ejecución instrumental transitoria destinada a garantizar la ejecución final. Es decir, tanto la cognición sumaria, como la ejecución provisoria no constituyen un fin en sí mismas sino actividades necesarias para el otorgamiento de la tutela cautelar.

Sostiene el Tribunal Constitucional que la función de las medidas cautelares está orientada a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de *procesos que adolecen de dilaciones indebidas* o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la *duración ordinaria de los procesos*. Existen procesos que por

²²⁷ Ramos Romeu, Francisco: Ob. Cit. P.63.

su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho.

De acuerdo con lo señalado, el derecho a la tutela cautelar como derecho fundamental garantiza al justiciable: a) El derecho a *postular* la pretensión cautelar que considere y estime adecuada y necesaria para la protección de sus derechos subjetivos lesionados o amenazados; b) El derecho a *obtener* el pronunciamiento jurisdiccional cautelar oportuno, debidamente motivado y; c) El derecho a la *ejecución* efectiva del auto cautelar dictado. En suma, el derecho a la tutela cautelar comprende el derecho a pedir, a obtener y a lograr la ejecución de una medida cautelar. Por consiguiente, la limitación o afectación de cualesquiera de estos extremos del derecho a la tutela cautelar, significa la lesión o afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

Constitucionalidad de la tutela cautelar

El derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental implícitamente comprendido dentro del derecho a la tutela jurisdiccional, preceptuado en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política cuando establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional *la observancia del debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional*. Del mismo modo, puede sostenerse que el derecho a la tutela cautelar está regulado y garantizado tácitamente en el artículo 3º del Texto Constitucional cuando señala que *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”*

Finalidad de la tutela cautelar.

La tutela cautelar está destinada a eliminar la amenaza directa de los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, en situación de incertidumbre o de controversia judicial. La eliminación de la amenaza, ha dicho Calamandrei, no siempre se traduce en la conservación del estado de hecho o de derecho, en muchas situaciones tal propósito se logra mediante la modificación o

alteración de la situación fáctico-jurídico existente. En suma, la tutela cautelar logra sus propósitos a través de medidas asegurativas, conservativas, transformativas y anticipatorias.

Cuestionamos aquellas afirmaciones que asignan a la tutela cautelar la finalidad de garantizar la efectividad de la ejecución de las sentencias condenatorias, por ser parcial y no corresponder a la moderna concepción de la tutela cautelar que tiene como núcleo teleológico la garantía de la efectividad de la sentencia. *Garantizar la efectividad de las sentencias*; sí, es una finalidad omnicomprendensiva, cubre todos los requerimientos de la tutela cautelar, otorga protección cautelar a todo tipo de sentencias cognitivas, ejecutivas e incluso no contenciosas.

Tutela preventiva y tutela cautelar

La tutela preventiva es invocada por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible, antes que el derecho haya sido efectivamente lesionado, funciona *a priori* con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de amenazado. La tutela jurisdiccional preventiva es contrapuesta a la tutela sucesiva o *represiva*²²⁸.

La tutela preventiva presenta dos escenarios posibles: uno en el que la lesión aún no se ha producido, en este caso estamos frente a un daño conminado; el otro es el escenario en el que se pretende evitar un nuevo daño, el que nace del desarrollo del proceso mismo. La tutela preventiva por ello presenta dos manifestaciones específicas: la tutela preventiva inmediata y tutela preventiva mediata. La primera evita la consumación del daño originario, en tanto que la segunda pretende evitar el daño que el desarrollo del proceso genere; es decir, busca evitar la consumación de un nuevo daño.

La tutela cautelar es expresión de la tutela preventiva mediata porque busca evitar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho; tiene estas

²²⁸ Calamandrei, Piero: Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. ARA Editores, Lima Perú. 2005. pp. 40-41

características porque está orientada a evitar el daño que el desarrollo del proceso pueda generar; mas no evita el daño originario inherente a la lesión que nace de la propia relación jurídica: previene el daño procesal mas no el daño originario.

La tutela preventiva inmediata no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento procesal civil, salvo el caso especial de la tutela de cognición mero declarativa a través de la cual se busca poner fin a una incertidumbre jurídica, o poner fin a una amenaza, evitar un daño, como por ejemplo cuando se demanda la declaración judicial de extinción de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

Tutela cautelar y justicia contemporánea

En 1935 Piero Calamandrei dejaba constancia de que su obra “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares” tenía por objeto llamar la atención de los estudiosos, y especialmente, de los jóvenes, sobre una región del Derecho Procesal que hasta ese entonces había permanecido en las sombras. Desde aquel entonces hasta la fecha *la batalla por las medidas cautelares*²²⁹ en palabras de García Enterría ha sido librada con intensidad y de modo permanente tanto en el ámbito doctrinario, como en el legislativo y en el judicial. En la actualidad las medidas cautelares constituyen un instrumento fundamental e inexorable de cualquier sistema jurisdiccional: la justicia cautelar es hoy un componente esencial e indeclinable de la efectividad de cualquier justicia.²³⁰

Eduardo García de Enterría sostiene que nuestros tiempos ha resultado ser especialmente sensible a la necesidad de que los Tribunales puedan disponer de un haz de medidas cautelares suficientes para evitar la frustración de sus decisiones de fondo. Esa sensibilidad se ha expresado en recientes y solemnes sentencias de los más significativos Tribunales Constitucionales europeos que han sostenido unánimemente que la exclusión -o aún la limitación- de medidas

²²⁹ Título de un importante estudio de Eduardo García de Enterría.

²³⁰ García de Enterría, Eduardo: ob. cit. p.151.

cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente; al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa.”²³¹

El test de proporcionalidad y control de las decisiones judiciales

El test de proporcionalidad es la guía interpretativa para que la limitación de derechos fundamentales sea racional y esté orientada a la protección de otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes, cuando resulta legítimo limitar una garantía ciudadana.

La invocación del principio de proporcionalidad y la aplicación del test respectivo resultan plenamente válidas tratándose del control de las decisiones judiciales en general y cautelares en particular en la medida en que éstas tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales. El presupuesto para su aplicación es siempre la concurrencia de dos principios constitucionales en pugna y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales.

El principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test de proporcionalidad está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. El primero significa que la decisión cautelar sea apropiada respecto a la pretensión a cautelar; el segundo es la condición a la cual es imposible sustraerse, faltar o resistir por exigírselo así la naturaleza de la pretensión cautelable y el tercero alude a la conformidad o proporción entre la decisión cautelar y la pretensión cautelable.

²³¹ García de Enterría, Eduardo: ob. cit. p.347-348.

DEL CAPITULO 3 EL PROCESO

Concepto

La palabra proceso no es una categoría exclusiva del derecho ni mucho menos del derecho procesal; en su acepción común, sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo; en tal sentido proceso viene a ser el conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; así hablamos del proceso de creación de una obra de arte, del proceso de elaboración de textiles, del proceso fabricación de productos químicos, el proceso de elaboración de una tesis, etc.

El proceso en sí mismo, agota su valor semántico en aquel conjunto de actos concatenados para lograr determinado resultado o fin; no puede obtenerse más del término proceso. El núcleo a partir del cual puede determinarse la naturaleza del proceso está en el resultado u objeto del mismo sea que intervenga o no la voluntad humana. Si en el resultado del proceso no interviene la voluntad humana hablamos de procesos naturales; en caso contrario hablamos de procesos determinados no por el resultado sino por la finalidad u objeto; en esta opción, bajo criterios racionales cognitivos sólo el sujeto de derecho tiene objetivos, finalidades con la prevalencia de uno u otro interés²³².

El logro de determinado fin impregna de sustantividad y connotación especial al proceso. Los fines u objetos no son del proceso sino de quienes se valen de él; la elaboración de la tesis es finalidad del tesista, no del proceso; el descubrimiento de determinado producto médico es finalidad del químico farmacéutico o del médico investigador y del laboratorio que patrocina la investigación, no del proceso de invención o fabricación del producto; del mismo modo, la restitución de un inmueble, el pago de un crédito adeudado, el reconocimiento de paternidad, la

²³² Francisco Ramos Méndez, en su obra *Derecho y Proceso* (Librería Bosch, Barcelona, 2000, p.42-43), informa que ya en 1950 Fenech había puesto de relieve cómo la noción de proceso trasciende el campo del derecho procesal, por no ser un concepto específico y limitado de esta ciencia y al señalar que en el mundo de las ideas y en la realidad existen muchos procesos, de los cuales solamente uno es objeto de estudio por el derecho procesal.

imposición de una condena no son finalidades del proceso, sino de quien pretende hacer realidad tales propósitos.

Proceso judicial

El proceso judicial es el instrumento jurídico instituido por el Estado mediante ley para permitir el despliegue de la función jurisdiccional y el ejercicio del derecho de acción cuya respuesta final se traduce en el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental, independientemente del sentido de la decisión y siempre que se haya preservado el derecho al debido proceso.

El proceso judicial está constituido por un conjunto de actos procesales que deben realizarse para la obtención de la resolución final que resuelva el conflicto intersubjetivo de intereses, la incertidumbre jurídica, elimine el riesgo o peligro en la demora, la insatisfacción del actor o imponga determinada sanción por la lesión a bienes jurídicos protegidos.

Sin embargo, pese a la consistente fundamentación doctrinaria elaborada para la adopción del término proceso, el término procedimiento, de origen francés, conserva una vieja y tenaz vitalidad, tal como lo demuestra la existencia de códigos adjetivos que siguen denominándose *código de procedimientos* e incluso *ley de enjuiciamiento civil*, como en el caso de España.²³³

Proceso civil.

Chiovenda sostiene que el proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.²³⁴

²³³ En la exposición de motivos de la LEC (fundamento IV) se explica esta posición al decir que “se elude, sin embargo, hasta la apariencia de doctrinarismo y, por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así por ejemplo se siguen utilizando los términos juicio y proceso como sinónimos y se emplea en unos casos los vocablos pretensión o pretensiones y en otros el de acción o acciones...”

²³⁴ Chiovenda Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol.I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p.37.

El proceso civil – según Ugo Rocco - es el conjunto de actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional civil o sea el conjunto de las actividades de los órganos jurisdiccionales y de las partes, necesarias para la declaración de certeza o para la realización coactiva de los intereses tutelados por las normas jurídicas en caso de falta de certeza o de inobservancia de esas mismas normas”.²³⁵

Por nuestra parte definimos al proceso civil como aquel conjunto de actos concatenados entre sí, realizados por los sujetos del proceso para la materialización de la tutela jurisdiccional efectiva, expresada en la eliminación de una incertidumbre jurídica, la declaración (adquisitiva, modificativa o extintiva) de un derecho, la imposición de un deber de prestación (dativa, conservativa o transformativa), la realización de derechos contenidos en títulos ejecutivos o de ejecución y el aseguramiento o cautela de pretensiones definitivas o situaciones cautelables, en el ámbito de las relaciones civiles. La idea de proceso no se agota en la simple secuencia de actos puesto que persigue la solución del conflicto, mediante una resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada con excepción del proceso cautelar.

Proceso y procedimiento

El proceso es el conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto, la eliminación de una incertidumbre jurídica, la imposición de una sanción por afectación de un bien jurídico protegido, convirtiéndose finalmente en un instrumento para cumplir los objetivos del Estado, imponiendo a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez brindar a éstos la tutela jurídica²³⁶. En tanto que el procedimiento indica la serie de actos que se suceden según un orden cronológico, previamente establecido por las normas de derecho procesal civil, desde el momento de inicio del fenómeno hasta su finalización; el procedimiento debe entenderse tan sólo como el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso.

²³⁵ Rocco Ugo: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.I. TEMIS – DEPALMA 1976, p. 114

²³⁶ Vescovi Enrique: “Teoría _General del Proceso” Edit. Temis Bogotá, 1984, p.103.

CAPITULO IV: EL PROCESO CAUTELAR

Concepto

Proceso cautelar es aquel proceso contencioso cuya finalidad está destinada a garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional dictada en proceso contencioso o no contencioso; se materializa a través de medidas asegurativas, conservativas, transformativas y anticipatorias. La expresión proceso cautelar se usa para indicar el desenvolvimiento de la función jurisdiccional cuando se dirige a emitir decisiones destinadas a garantizar la eficacia de una pretensión principal.

El proceso cautelar es el conjunto de actos dirigidos a obtener una decisión jurisdiccional a efectos de garantizar, asegurar o prevenir la efectividad de una decisión respecto de un proceso principal o proceso cautelado. En tanto que el procedimiento cautelar es el aspecto externo, o conjunto de trámites que permiten la realización de los actos procesales cautelares y por consiguiente del proceso cautelar mismo.

Proceso cautelar y proceso cautelado

El proceso principal o cautelado (de conocimiento, único de ejecución o no contencioso) para su eficacia, por lo general, requiere del proceso cautelar. Son limitados los casos en los que el primero no requiere del segundo. Del mismo modo, el proceso cautelar tiene vigencia y adquiere relevancia solo en función e interés de la pretensión principal, también en limitados casos puede resolver el conflicto por plantearse en el proceso principal. El proceso cautelar existe para el proceso principal; luego éste sólo puede ser tal gracias al proceso cautelar, salvo limitadas excepciones.

El proceso cautelar sólo puede ser comprendido en su mutua correspondencia y complementariedad con los procesos de cognición, de ejecución e incluso los procesos no contenciosos. Así tenemos que, por lo general, lo resuelto en los denominados procesos cognitorios condenatorios no logran eficacia si no es a través de un proceso único de ejecución; a su vez, ambos eliminan cualquier

incertidumbre respecto a la eficacia de la ejecución sólo mediante el proceso cautelar. Los nexos y complementaciones entre procesos es inobjetable. Como se indicó en el párrafo precedente, no todos los procesos requieren de medida cautelar, más estos son los casos reducidos y excepcionales. En conclusión el proceso cautelar tiene la misma importancia y trascendencia que los denominados pretensiosamente procesos principales.

Autonomía

El conjunto de actos ordenados secuencialmente para la obtención de la medida cautelar, sin duda alguna, constituye un proceso autónomo; mas esta autonomía es formal, en modo alguno sustancial. El hecho que se forme un cuaderno especial, como lo señala la norma, constituye la evidencia de que estamos frente a una autonomía procedimental, formal, más ello no agota los alcances de su autonomía.

El proceso cautelar no constituye el apéndice de un proceso de cognición ni únicamente un medio de aseguramiento del proceso de ejecución, sino un complemento funcional de cualquier tipo de proceso, es este otra de las manifestaciones de la autonomía de las medidas cautelares. Su carácter instrumental les otorga universalidad de aplicación por lo que puede solicitarse medidas cautelares en cualquier proceso, sea éste contencioso o no contencioso.

El proceso cautelar, no obstante su necesaria conexidad con la pretensión principal, tiene su propia sustantividad que no puede equipararse con autonomía sustancial: la medida cautelar se adopta bajo presupuestos procesales y con un procedimiento distinto al principal. El derecho a la cautela o al aseguramiento de la tutela plena de las sentencias es un derecho exclusivamente procesal. En suma es un derecho frente al Estado por el que se pide que se asegure la efectividad plena de la futura sentencia, en tanto se tramite el proceso principal, es el derecho constitucional a la seguridad.

En la realidad normativa, la autonomía de las medidas y del proceso cautelar permite que éste se inicie sin que preexista el proceso principal, puede anticiparse formalmente a la existencia de éste. En no pocos casos en la ejecución de la

medida cautelar, el obligado opta por efectuar el pago de la obligación insatisfecha. En este caso no será necesario dar inicio al proceso principal, porque la pretensión de dar suma de dinero ya habría sido satisfecha, tampoco podría operar la cancelación de la medida sino la conclusión del proceso cautelar. De todas maneras, en este caso el proceso cautelar no existió para autosatisfacerse sino para lograr el cumplimiento de una obligación cuya tramitación no requirió iniciarse; es decir, se puso en evidencia la autonomía procesal mas no sustancial del proceso cautelar.

Principio de universalidad de aplicación

Es el fundamento jurídico procesal por el cual el proceso cautelar sirve a todos los procesos, independientemente de su carácter contencioso o no contencioso; atributo que puede materializarse gracias a la autonomía de las medidas cautelares. El proceso cautelar sirve a todos los procesos sin pertenecer a la estructura de ninguno de ellos. En el CPC este principio está contenido tácitamente en toda la regulación normativa inherente al proceso cautelar. El artículo 274° del Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica lo regula con el siguiente tenor: *“Universalidad de aplicación. Las medidas cautelares podrán adaptarse en cualquier proceso tanto contencioso como voluntario.”*

Acumulación

La acumulación en el proceso cautelar sigue los propósitos de la pretensión principal por lo que también son de aplicación los mismos criterios de cada una de las formas de acumulación: objetiva y subjetiva. Así podrá demandarse individualmente o en litisconsorcio activo una o más medidas cautelares contra una o más personas, siempre que no se incurra en excesos vulneratorios del principio de proporcionalidad.

Para los casos ordinarios en los que las medidas dispuestas pueden ser ejecutadas el mismo día la norma establece que “Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto

suspensivo.” Pero ¿cómo se procede cuando no es posible la ejecución de todas las medidas cautelares en un solo día?, ¿Puede notificarse la resolución cautelar íntegra vulnerando la reserva respecto de la medida aún no ejecutada?

CAPITULO QUINTO: LA MEDIDA CAUTELAR

Concepto

La medida cautelar es aquel instituto procesal que comprende tanto a la pretensión como a la decisión jurisdiccional con las cuales se busca garantizar la eficacia de la decisión final. Se materializa a través de opciones asegurativas, transformativas, conservativas y ejecuciones anticipadas de la pretensión principal. Por lo demás, el concepto general de medida cautelar cubre todas las opciones procesales, sean estas penales, contenciosas administrativas, laborales, constitucionales, civiles, pretensiones no contenciosas e incluso meramente administrativas.

Desde una perspectiva semántica, la frase nominal *medida cautelar* presenta la siguiente conformación: el sustantivo *medida* que actuando como núcleo, por sí mismo significa decisión preventiva o cautelar; el adjetivo *cautelar* que actuando como modificador directo dentro de la misma línea semántica no hace más que añadir detalles complementarios y expresividad al sustantivo por lo que la frase nominal *medida cautelar*, según lo analizado, es una expresión pleonástica.

En la doctrina y en la legislación al sustantivo *medidas* se le agregan diversos calificativos o complementos que la califican como *medidas*: de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares o previas o preparatorias, preventivas, provisionales, de conservación, de cautela o cautelares. Así por ejemplo Chiovenda las llama *medidas provisionales de cautela o conservación*; Goldschmidt, *medidas provisionales de seguridad*; Redenti, *procedimientos cautelares*; Zanzuchi, *medidas cautelares, conservativas o asegurativas, provisionales o interinas*; Calamandrei *providencias cautelares*; Carnelutti se refiere a un *proceso cautelar*; Spota, *medidas cautelares*; Alsina, *medidas precautorias*; Reimundín, *medidas cautelares*.

Características

➤ Instrumentalidad.

La instrumentalidad constituye el rasgo más importante del proceso en general porque su objeto es servir de medio para la actuación de la ley; no constituye un fin en sí mismo. Las medidas cautelares están siempre subordinadas al destino de la pretensión cautelada, supeditadas al fallo definitivo incluso cuando se trate de ejecuciones anticipadas de la pretensión principal.

El artículo 608º Código Procesal Civil plasma el concepto de instrumentalidad al disponer que “Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.” De modo directo y específico el artículo 612º considera a la instrumentalidad como una de las características de aquellas: “Toda medida (...) es provisoria, instrumental y variable.”

La cancelación de pleno derecho, de las medidas cautelares, si la sentencia de primera instancia desestima la demanda es otra de evidencia del carácter instrumental de aquellas (Art. 630º del CPC).

En conclusión, si el fallo definitivo es el medio por el cual se hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz.

➤ **Provisionalidad.**

Lo provisorio es lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en función del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio; provisorio por ello equivale a interino,²³⁷ ambos términos indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento esperado.

Significa que los efectos jurídicos de las medidas cautelares no sólo tienen duración temporal sino que tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que debe transcurrir entre el dictado de la medida cautelar y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. “La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.”²³⁸

➤ **Variabilidad**

También conocida como mutabilidad o flexibilidad se refiere al hecho de que las medidas cautelares pueden ser variadas a pedido del demandante o titular de la medida o sustituidas a solicitud del afectado.

Las medidas cautelares pueden estar sujetas a modificaciones antes de que se dicte la resolución principal, debido a la variación de las circunstancias concretas acaecidas con posterioridad a su dictado, siempre que la medida cautelar inicialmente dictada no sea la adecuada a la nueva situación fáctico-jurídica.

La variabilidad de la medida cautelar puede ser parcial o total; por lo general está referida a los cambios que experimenta la medida cautelar por la nueva situación fáctico-jurídica debido a la dinámica misma del proceso. Es decir, la

²³⁷ Calamandrei Piero: Ob. Cit., p.36.

²³⁸ Calamandrei Piero: Ob. Cit. p.27.

mutabilidad o variabilidad es, por regla, parcial, se expresa en el mayor o menor rigor de la medida. Sin embargo, la variabilidad extrema, negativa e integral de la medida cautelar, trae consigo su propia cancelación, conocida también como revocabilidad.

Las medidas cautelares siendo variables o mutables y provisorias adquieren la calidad de firmes con el agotamiento de los medios impugnatorios interpuestos contra aquellas o simplemente por haberlas consentido. La decisión cautelar en este supuesto es variable, provisoria y firme, mas ello no significa que tenga la calidad de cosa juzgada y no la tiene porque no resuelve el fondo de la pretensión principal; entonces siendo variable y provisoria puede ser firme y siendo firme, nunca es inmutable. Precisamente por existir la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser firmes, cabe su control constitucional a través del proceso de amparo, ya que conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que ello suceda debe tratarse de *resoluciones judiciales firmes*.

➤ **Contingencia.**

Las medidas cautelares por su finalidad y naturaleza no están impregnadas del atributo *permanencia*, ésta es siempre un albur. Son dictadas fundamentalmente sobre la base de un juicio de probabilidad mas no de certeza; son dictadas por la existencia de un peligro inherente a la duración misma de los procesos cognitorios e incluso de ejecución. Estos soportes existenciales de las medidas cautelares pueden desaparecer en cualquier momento ya sea porque el peligro es contrarrestado con determinado tipo de garantía o porque la verosimilitud aparente es desbaratada vía impugnación en segunda instancia.

Es posible que las medidas cautelares cumplan con creces su objetivo cuando se ampara la pretensión cautelada. Del mismo modo, es probable que la medida cautelar ordenada y ejecutada, finalmente, no cumpla su propósito al declararse infundada la demanda a la que formalmente aseguraba. *La medida*

cautelar puede o no cumplir su finalidad para la cual fue dictada, ello explica su carácter contingente.

➤ **Funcionalidad**

Está relacionada con la utilidad y comodidad de su empleo; por ello, *la naturaleza de la pretensión principal determina la naturaleza y alcances de la medida cautelar; contrario sensu*, la medida cautelar debe adecuarse a la naturaleza de la pretensión principal. *La funcionalidad de las medidas cautelares no es sino la proporcionalidad y adecuación de las mismas a los fines del proceso cautelado.*

➤ **Jurisdiccionalidad.**

Por esta características debe asumirse que el dictado de medidas cautelares en un proceso está reservado con carácter exclusivo a los órganos jurisdiccionales y no a otros servidores del poder judicial, ni a terceros; es decir, sólo pueden ser dictadas por un juez competente.

El fundamento de esta característica radica en las seguridades y garantías que en sus orígenes debía darse a esta forma especial de tutela, para evitar que otros funcionarios de Estado o terceros pudieran dictarlas incurriendo en arbitrariedad. El desarrollo de disciplinas como el derecho constitucional, el derecho administrativo, los procesos constitucionales y el procedimiento administrativo, han determinado que el otorgamiento de tutela cautelar, en la actualidad, sea normado bajo una visión omnicomprendensiva como potestad de estado y no limitarse únicamente a la función estatal jurisdiccional. Hoy en día esta potestad estatal, también puede ser ejercitada en el ámbito administrativo.

Tramitación: *inaudita altera pars.*

Con la promulgación de la ley 29384 vigente desde el 29 de junio de 2009 se ha introducido trascendentales cambios en la tramitación de las medidas cautelares, entre otros, cabe destacar, la eliminación práctica del procedimiento *inaudita altera pars*, así como la introducción de la oposición a la medida cautelar.

- El texto anterior, vigente hasta el 28 de junio de 2009, mantenía la tramitación *inaudita altera pars* expresamente hasta el término de la ejecución o acto inmediatamente posterior, momento en el cual se notificaba al afectado, quien recién podía apersonarse al proceso e interponer apelación, que era concedida sin efecto suspensivo. La medida cautelar se admitía y ejecutaba sin audiencia previa del afectado.
- La eliminación del momento a partir del cual se notificaba la resolución cautelar obedecería a la necesidad de posibilitar su cuestionamiento desde momentos anteriores a su cumplimiento o ejecución para evitar así la perpetración de medidas cautelares maliciosas y arbitrarias. Empero, si esta fuera la motivación, habría sido preferible regular expresamente que las medidas cautelares se notificarán al afectado sin perturbar su ejecución o cumplimiento; estableciendo así como regla la audiencia del afectado y como excepción la tramitación *inaudita altera pars*, tal como lo hacen el código de procedimiento civil de Brasil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

En la legislación latinoamericana prevalece la tramitación *inaudita altera pars*, tal como se encuentra regulada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el Código de Procedimiento Civil de Colombia, el Código Procesal Civil modelo para Iberoamérica, el Código General del Proceso de Uruguay, entre otros.

Posición distinta es la asumido por el Código de Processo Civil de Brasil y la Ley de Enjuiciamiento Civil de España del año 2000, en ambos el trámite *inaudita altera pars* sólo se aplica en casos excepcionales expresamente autorizados por ley; la regla es que en ambos se establece como regla el dictado de medidas cautelares con la audiencia previa de las partes; el código brasileiro lo señala implícitamente

Cancelación

La cancelación de la medida cautelar, a diferencia de la caducidad, es la consecuencia jurídico-procesal del pronunciamiento desestimatorio del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión principal.

Pese a que la norma dispone que la medida cautelar queda cancelada de pleno derecho, en la realidad la cancelación no opera automáticamente: el juez al expedir sentencia que declara infundada la demanda no dispone de oficio la cancelación de la medida cautelar, luego la práctica dice que tal cancelación debe ser solicitada por el afectado y el juez la debe declarar sin previa citación de la parte contraria.

Colocándonos en otro supuesto, tenemos el caso relacionado con la apelación del auto cautelar y el amparo de la pretensión impugnatoria por el superior. Pues bien, la revocatoria del auto cautelar por el superior, en este caso no constituye cancelación de medida cautelar, sino de una *extinción* porque el pronunciamiento del superior no sería consecuencia de la desestimación de la demanda vía revocación de la sentencia de mérito, sino un pronunciamiento expreso sobre la decisión cautelar en sí misma.

Si la resolución judicial declara improcedente la demanda, la consecuencia es la misma: la medida cautelar debe ser cancelada puesto que si no es posible emitir una sentencia de fondo por la ausencia de algún presupuesto procesal que no permite validar la relación procesal, entonces, resulta absolutamente lógico que no pueda mantenerse la medida cautelar. Un razonamiento más simple es el siguiente: si la medida cautelar queda cancelada por una sentencia desestimatoria con mayor razón tendría que caer por una de improcedencia.

Sentencia desestimatoria y vigencia de medida

Hasta antes de las modificaciones introducidas mediante el Decreto Legislativo 1069, si la sentencia de primera instancia declaraba infundada la demanda, la medida cautelar quedaba cancelada inexorablemente aunque aquella hubiese sido apelada. A partir de junio del 2008 en que se producen las modificaciones, a pedido del solicitante, el Juez puede mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.

Clasificación

Son muchas las variables que pueden ser tomadas en cuenta a efectos de clasificar a las medidas cautelares, entre estas cabe mencionarse a las siguientes: La oportunidad en que son dictadas, la iniciativa para su dictado, la finalidad perseguida, y la regulación normativa.

➤ Según la oportunidad.

Las medidas cautelares pueden ser solicitadas y dictadas antes de iniciarse el proceso principal o cautelado, por lo que puede afirmarse válidamente que están dotadas de autonomía procedimental. Nuestro Código Procesal Civil (art. 635º) erróneamente las denomina *medidas fuera de proceso*. De otro lado, tenemos a las medidas cautelares solicitadas conjuntamente con la demanda o con posterioridad.

➤ Según la iniciativa para su dictado.

Las medidas cautelares, en aplicación del principio dispositivo (*nemo iudex sine actore*), son dictadas a iniciativa de parte, esta es la regla. Sin embargo, en determinadas situaciones, excepcionalmente, son dictadas por iniciativa del propio Órgano Jurisdiccional o del Ministerio Público como sucede en los casos sobre violencia familiar (ley 26269, artículo 7º) o en el de interdicción (artículo 683º del CPC).

➤ Según su finalidad o efectos jurídicos.

Las medidas cautelares están condicionadas por el tipo de pretensión que cautelan. De acuerdo con esta variable las medidas pueden ser:

Asegurativas cuando están destinadas a garantizar la ejecución de sentencias condenatorias; en nuestra legislación se denominan medidas para futura ejecución forzada: el embargo y el secuestro, la anotación de demanda puede incluirse en este grupo, no con mucha propiedad.

Conservativas cuando tienden a evitar que el demandado, durante el desarrollo del proceso, modifique la situación de hecho o de derecho, precisamente, relacionada con la cuestión controvertida; en este grupo podemos mencionar a la medida no innovativa.

Anticipatorias o de *ejecución provisoria* cuya finalidad es adelantar el resultado de la estimación de la pretensión, tratadas en nuestra legislación procesal civil como medidas temporales sobre el fondo.

Transformativas, son aquellas medidas que se plasman en la modificación de la situación de hecho o de derecho existente al momento de postular la pretensión cautelada; estas medidas también son conocidas como innovativas.

➤ **Clasificación legal (Código Procesal Civil).**

Medida cautelar genérica.

Se trata de medidas cautelares atípicas puesto carecen de regulación normativa propia y por consiguiente no se encuentran previstas, específicamente, en nuestro ordenamiento procesal civil; pueden ser solicitadas y concedidas teniendo como única condición que aseguren del modo más adecuado el cumplimiento de la decisión definitiva, así lo señala el artículo 629° del Código Procesal Civil.

Estas medidas cautelares, en suma, más que genéricas *son inespecíficas*, puesto que no representan al género sino a la ausencia de denominación y regulación normativa específica. Empero, desde el momento en que son postuladas y amparadas, se convierten en específicas y nominadas, manteniendo, es verdad, su carácter atípico. Decimos que se convierten en específicas porque no pueden ser postuladas de modo genérico, su postulación implica la adopción de alguna manifestación concreta coincidente o distinta de las medidas reguladas normativamente como específicas.

➤ **Medidas cautelares específicas.**

Más que específicas son medidas cautelares nominadas y típicas: poseen una denominación asignada por el legislador y tienen regulación normativa propia. Estas son las medidas que tienen mayor uso y justificación social de allí que hayan sido reguladas de modo especial y presenten subgrupos de acuerdo a determinadas variables. El Código Procesal Civil regula cuatro tipos de medidas específicas: Para futura ejecución forzada (embargo, secuestro, anotación de demanda) temporales sobre el fondo, innovativas y de no innovar.

TITULO SEGUNDO: MEDIDAS CAUTELARES ESPECIFICAS

CAPITULO PRIMERO: MEDIDAS CAUTELARES PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA

Concepto.

Son aquéllas medidas cautelares específicas que tienen como propósito asegurar la ejecución o realización de la obligación contenida en un título ejecutivo de origen jurisdiccional (judicial o arbitral) o contractual. También son conocidas como medidas asegurativas porque tienen por finalidad la realización de las decisiones condenatorias a las que la ley otorga calidad ejecutiva.

Estas medidas en nuestra legislación y por lo general en la legislación extranjera son: el embargo, el secuestro y la anotación de demanda conocida también como anotación de litis.

SUB-CAPÍTULO 1. EL EMBARGO

Concepto

Es la medida cautelar para futura ejecución forzada que consiste en la afectación jurídica por mandato judicial de un bien o derecho del presunto obligado, aunque el bien se encuentre en posesión de tercero, siempre que la pretensión principal sea apreciable en dinero (art. 642º CPC).

Ramiro Podetti, define al embargo como la medida judicial que afecta un bien o bienes determinados, de un deudor o presunto deudor, al pago eventual de un crédito, individualizándolos y limitando las facultades de disposición y de goce.²³⁹

Un sector importante de la doctrina divide al embargo en preventivo y ejecutivo, según estén destinados a asegurar el cobro de obligaciones dinerarias a dictarse en procesos cognitorios condenatorios o en procesos ejecutivos y vinculados directamente con la ejecución forzada. La legislación nacional no introduce ningún tipo de diferencias o especies de embargo, únicamente es normada como una medida cautelar para futura ejecución forzada destinada por tanto a asegurar el pago de obligaciones dinerarias ya sea en procesos de cognición o en procesos de ejecución.

Finalmente, desde una perspectiva pública o estatal, el embargo así como el secuestro conservativo, tienen por finalidad última posibilitar al Juez, mediante la ejecución forzada, la obtención de los medios económicos necesarios para restituir al acreedor ejecutante la acreencia que dejó de percibir por la actitud transgresora y de resistencia del deudor ejecutado. Logra así el Estado materializar los objetivos de la tutela jurisdiccional ejecutiva, satisfactiva o de realización, restableciendo el orden jurídico alterado.

Embargabilidad

Es el estado que la ley atribuye a los bienes que integran el patrimonio del deudor por ser garantía común de sus acreedores, pues aquellos se encuentran afectados a la responsabilidad de las obligaciones asumidas y que recaen sobre su titular. Son las excepciones las que deben estar específicamente previstas por la ley, o por tratarse de casos especiales, este es el caso de la inembargabilidad.

²³⁹ Podetti, J.Ramiro: "Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral- Tratado de las Ejecuciones" EDITORES Buenos Aires 1952, p.143.

Clases de embargo

Por razones didácticas para su clasificación nos limitaremos a tres variables: a) Según el tipo de proceso en el que se pretende el cobro de la pretensión dineraria; b) Según el ordenamiento procesal civil nacional, y; c) Según los alcances de la medidas.

- ***Según el tipo de proceso en el que se pretende el cobro de la pretensión dineraria. Son dos las especies indicativas:***

Embargo pre-ejecutivo.

Conocido también como embargo preventivo; es el embargo que está destinado a asegurar la realización de sentencias cognitorias condenatorias, aún no dictadas o no provistas del atributo de la cosa juzgada. Es el embargo al que los españoles denominan preventivo de bienes que sirve “para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación e precios ciertos.”²⁴⁰

Desde nuestro punto de vista, no es adecuado atribuir al embargo el calificativo de *preventivo* porque ello nos conduciría a admitir la existencia de embargo *definitivo*. Si admitimos al embargo como medida cautelar, tema respecto del cual no existe gran disenso, resulta innecesario añadirle el término preventivo pues toda medida cautelar lleva consigo como *código genético* el carácter preventivo, luego resulta una redundancia inadmisibles, persistir en el uso de la expresión señalada. Pretender considerar al embargo como parte estructural de la ejecución forzada es desconocer los límites y fines, tanto de de la tutela cautelar, como de la tutela ejecutiva satisfactiva.

No puede existir ejecución forzada patrimonial dineraria sin la existencia de bienes afectados antes, durante o después de la existencia de sentencia condenatoria firme o en general título de ejecución. No pueden existir bienes

²⁴⁰ LEC, inc.1, artículo 727.

afectados para ser destinados a la ejecución forzada sino es a través de una medida cautelar de embargo o secuestro, salvo el caso bienes afectados con garantía hipotecaria.

El embargo ejecutivo

Es el embargo que funciona como medio instrumental de una ejecución actual, pendiente y en desarrollo. Consiste-sostiene Cachón Cadenas-en una declaración de voluntad mediante la cual determinados bienes, que se consideran pertenecientes al ejecutado, se afectan o adscriben a la actividad de apremio que se realizará en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo²⁴¹.

➤ **Según el ordenamiento procesal civil nacional:**

Embargo en forma de depósito.

Consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado; es procedente siempre que la pretensión a garantizar en el proceso cautelado o principal sea apreciable en dinero. La afectación jurídica puede recaer sobre bienes muebles o sobre inmuebles no inscritos del obligado, en ambos casos el deudor ejecutado asume la calidad de órgano de auxilio judicial bajo la denominación de depositario.

El efecto principal de esta modalidad de embargo consiste en la inmovilización de los bienes afectados, estos deben ser conservados en el domicilio del ejecutado o en el local destinado para tal fin a la orden del Juzgado. No se afecta el derecho de usar disfrutar o disponer de los bienes, por su propietario. Empero, de algún modo, los derechos de uso y disfrute sufren cierto menoscabo o limitación en el supuesto de que el uso de los bienes requieran de su traslado eventual o cotidiano a otros lugares.

²⁴¹ Cachón Cadenas, Manuel Jesús: "El embargo" Librería Bosch, Barcelona 1991, p.29.

- **El cateo**

El cateo es la acción de exploración y búsqueda de bienes afectables practicada por el auxiliar jurisdiccional, a pedido de parte, en los ambientes que éste indique, cuando en el momento de la ejecución de la medida se produce el ocultamiento de bienes, o si los bienes ubicados resultan insuficientes para cubrir el monto, se ejecutará esta medida *"sin caer en excesos ni causar daño innecesario"*. Empero, esta medida va más allá de la exploración y búsqueda de bienes en los ambientes de propiedad o bajo conducción del afectado, puede practicarse incluso en la persona del afectado, es decir, se autoriza el cateo en la estructura física externa de la persona *"respetando el decoro de ésta"* y *"atendiendo a circunstancias plenamente justificadas"*

El cateo se justifica por las circunstancias que rodean a la ejecución del embargo en forma de depósito y en especial al secuestro. Es comprensible que el afectado pretenda sustraer el mayor número de bienes de la ejecución, con este propósito realiza actos de ocultamiento. Las zonas de ocultamiento no son únicamente los ambientes del inmueble, sino el propio cuerpo. En este último caso puede tratarse del ocultamiento de dinero, alhajas, títulos valores u otros bienes pequeños en los bolsillos e incluso en el interior de las ropas.

Embargo en forma de inscripción.

Es el embargo que recae sobre bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.” (Artículo 656º CPC)

La medida se ejecuta con la inscripción del monto de la afectación en el asiento registral respectivo. El bien así embargado puede ser enajenado, el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito.

Embargo en forma de retención

Es la modalidad de embargo en el cual la afectación recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez. (art.657° CPC)

La afectación tiene como propósito evitar que el derecho de crédito o los bienes del afectado, en posesión de un tercero, sean dispuestos por aquél. Tratándose de derechos de crédito, mediante la orden de retención dispuesta por el Juez, el poseedor queda prohibido de pagar (entregar suma de dinero) al deudor ejecutado, el dinero tiene que ser retenido a la orden del Juzgado y depositado en el Banco de la Nación. En el caso de otros bienes muebles determinados, el objeto es lograr su inmovilización, finalidad análoga al embargo en forma de depósito.

Advierte con acierto Carnelutti que el embargo plantea un problema que tanto tiene de económico como de jurídico, porque si es interesante, desde este punto de vista, asegurar las consecuencias del proceso ulterior, hay que evitar, una vez conseguido este propósito, los daños que para la economía pueden derivar de una inmovilización del patrimonio que tan hondamente puede influir en la producción y en la circulación de la riqueza²⁴².

Embargo en forma de intervención

En opinión de Jorge Peyrano se denomina intervención judicial a la medida cautelar en cuya virtud una persona designada por el Juez, en calidad de auxiliar externo de éste, interfiere en la actividad económica de una persona

²⁴² Citado por Manuel De la Plaza, en Derecho Procesal Civil Español. Vol II, Primera parte. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 67.

física o jurídica, sea para asegurar la ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones en el estado de los bienes.²⁴³

Esta modalidad de embargo tiene como finalidad recabar directamente los ingresos propios o información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica. De lo anterior se infiere que son dos las formas que adopta la intervención: intervención en recaudación e intervención en información; sin embargo, ello no significa que exista determinada prelación entre una y otra: puede demandarse una u otra indistintamente.

La intervención es una medida cautelar, que permite la injerencia del órgano de auxilio judicial en una estructura económica empresarial o comercial o en una institución, o persona jurídica (asociación, fundación, comité, etc.), con distintas finalidades y objetivos²⁴⁴. La intervención presenta grados de intensidad respecto a sus consecuencias jurídicas; así, la intervención en información es de menor impacto y rigor que la intervención en recaudación.

- **Intervención en recaudación**

El embargo se hace efectivo o ejecuta con la recaudación directa de los ingresos de la afectada. El órgano de auxilio en este tipo de embargo, es el interventor recaudador. El Juez puede designar uno o más interventores recaudadores, en atención a la naturaleza o significación patrimonial de la entidad intervenida. El auto cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que remitirá al Juez.

- **Intervención en información.**

La única finalidad de esta forma de embargo consiste en recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica. Mediante esta intervención no se produce la afectación de ningún bien o derecho, simplemente se recaba información sobre la actividad económica de la empresa.

²⁴³ Peyrano, Jorge: "Procedimiento civil y comercial" Edit. Juris, p.41.

²⁴⁴ Rivas Adolfo: "Las medidas cautelares en el proceso civil peruano" Editorial Rodas, Lima 2000, p.155.

Embargo en forma de administración.

En esta modalidad de embargo la afectación se expresa en la recaudación de los frutos que producen los bienes fructíferos. Según la normatividad civil los frutos pueden ser naturales industriales y civiles ¿La recaudación puede referirse a todo tipo de fruto? Si tomamos en cuenta lo previsto en el último párrafo del artículo 892º del Código Civil: *“Se perciben los frutos naturales cuando se recogen, los industriales cuando se obtienen y los civiles cuando se recaudan”* debemos inferir que la afectación en administración es posible únicamente sobre los frutos civiles, o sea los frutos que el bien o bienes producen como consecuencia de una relación jurídica.

Este instituto reviste características singulares. Es una medida cautelar de excepción por su especial naturaleza y la finalidad que persigue, a la que sólo debe recurrirse una vez descartadas todas las otras opciones, para conjurar el perjuicio potencial para la empresa intervenida

No debe confundirse el embargo en forma de administración con el secuestro judicial, ni mucho menos la administración judicial de bienes tramitada como proceso no contencioso.

➤ ***Según los alcances del embargo.***

Embargo de accesorios, frutos y productos

La afectación dispuesta sobre determinado bien puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, empero, para su procedencia se requiere que de modo expreso se haya solicitado tal afectación y haya sido concedida por el órgano jurisdiccional. No bastan razonamientos inductivos o criterios de accesoriedad para sostener que la sola afectación del bien alcanza a los accesorios, frutos y productos (art.645º CPC).

Nuestra normatividad sustantiva establece como criterio de diferenciación entre frutos y productos, el carácter renovable o no renovable de los provechos que produce o se extrae de un bien. En el primer caso se trata de los frutos; en el segundo, de los productos.

Embargo de bienes sujetos al régimen de copropiedad

La norma es sumamente escueta al tratar esta situación jurídica, se limita a señalar que "Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto al régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado"(art. 646º CPC).

Inembargabilidad

La inembargabilidad es un estado de protección legal que el ordenamiento jurídico de cada país establece sobre determinados bienes del deudor limitando así el derecho de persecución de su acreedor. No obstante, esta protección legal por lo general no es absoluta. Estos bienes se encuentran señalados en el artículo 648º del CPC.

Los bienes protegidos legamente y excluidos de este modo del derecho de persecución del deudor son aquellos que están relacionados directamente con la preservación de sus derechos fundamentales y el ejercicio de sus actividades que le permitan garantizar tales derechos.

➤ Clases de inembargabilidad

Inembargabilidad absoluta.

Es la que otorga protección plena a los bienes sometidos a este régimen; no pueden ser afectados bajo ninguna circunstancia. Dentro de los bienes inembargables comprendidos en el artículo 648º del CPC se encuentran las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado, las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, las pensiones alimentarias, los bienes muebles de los templos religiosos y los sepulcros.

Inembargabilidad relativa

Presenta una protección parcial puesto que la inembargabilidad de los bienes sometidos a este régimen sólo alcanza hasta determinado monto o ante la verificación de determinadas circunstancias. El problema radica en llevar a cabo una delimitación exacta de esos determinados supuestos para que el bien resulte embargable. Entre estos bienes están los siguientes:

2. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia.
3. Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado. Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil.
4. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.

Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procede hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.

SUB-CAPÍTULO 2: EL SECUESTRO

Aspectos preliminares y antecedentes

El secuestro convencional o judicial fue conocido por el Derecho Romano como procedimiento para preparar la *rei vindictio*. En el secuestro el custodio no era considerado como un mero detentador sino como un titular por el concepto de la *possessio ad interdicta*²⁴⁵. El secuestro en el Derecho Romano constituía

²⁴⁵ “Posesión que goza de la protección interdictal conferida por el pretor como situación de hecho y en la que se da la existencia en el sujeto que posee el *ánimus domini* o intención de poseer la cosa como dueño o la intención de poseerla para sí, *ánimus rem sibi habendi*. Tal posesión, tienen el propietario, el acreedor pignoraticio, el precarista, el enfiteuta, el secuestratario, el superficiario y quien se haya apoderado efectivamente de una cosa, aunque sea ladrón”. (tomado de www.bibliojuridica.org)

propiamente una modalidad de depósito, podía ser voluntario o judicial. El primero conocido posteriormente como secuestro convencional es el que después las legislaciones regidas por la tradición románica legislaron como una modalidad contractual; en nuestra legislación civil aún se mantiene como una especie de contrato de prestación de servicios. El secuestro judicial consistía en el depósito de una cosa en poder de un tercero, llamado secuestratario, respecto de la cual se había promovido un proceso. El bien se encargaba al tercero con el deber de conservarlo y devolverlo a quien obtuviese decisión favorable.

El secuestro conservativo no fue conocido con tal denominación; su antecedente más remoto es la *legis actio per pignoris capionem* (acción por toma de prenda).

El Código de las Siete Partidas, redactado en el siglo XIII durante el reinado de Alfonso X, el sabio, cuya labor legisladora estuvo indisolublemente ligada a la introducción del Derecho Romano en Castilla y León, reguló el secuestro en la Tercera Partida, Título IX, Ley I.²⁴⁶

Concepto

El secuestro es una medida cautelar específica que tiene finalidad asegurativa y cuya manifestación inmediata consiste en el desapoderamiento del bien respecto del obligado. La finalidad asegurativa se manifiesta, por un lado, en la preservación de un bien determinado cuya propiedad o posesión discuten las partes en un proceso cognitorio; y por el otro, tal finalidad se concreta en el aseguramiento o garantía del cobro de determinada acreencia, reclamada en un proceso de ejecución, sólo en este supuesto el secuestro es una medida para futura ejecución forzada.

Lino Enrique Palacio sostiene que “En sentido estricto, denomínase secuestro a la medida cautelar en cuya virtud se desapodera a una persona de un bien sobre el cual se litiga o se ha de litigar o de un documento necesario para deducir una pretensión procesal cita como ejemplo del primer supuesto el depósito de la cosa

²⁴⁶Las siete partidas del sabio rey Don Alonso el IX, glosadas por el lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M. Tomo II, que contiene la 3ª, 4ª, y 5ª, partida., Madrid, 1829, en la Oficina de D. León Amarita con especial permiso de S.M., bajo del examen y aprobación de la Inspección General de Instrucción Pública. pp. 132, 133, 134.

mueble que ha de pedirse mediante una pretensión real(...) y cuya admisibilidad está condicionada a que hubiere motivos para tener que se pierda o deteriore en manos del poseedor; cita como ejemplo del segundo supuesto el secuestro de un documento cuando no emplazado no cumpliera con la exhibición ordenada.²⁴⁷

Clases

La tipificación y diversificación del secuestro como medida cautelar, en judicial y conservativo, provienen de la recepción legislativa a partir de los aportes del procesalismo italiano. A su vez, la distinción entre una y otra forma de secuestro- explica Uggo Rocco- fue introducida en la terminología jurídica italiana siguiendo y obedeciendo la influencia del derecho francés²⁴⁸.

➤ El secuestro judicial.

El secuestro judicial como es evidente tiene *carácter asegurativo* conservativo porque está destinado a la custodia y cuidado de un bien, en tanto se dilucide en el proceso cautelado o principal el conflicto de intereses respecto a la propiedad o posesión sobre el bien. Francesco Carnelutti grafica esta situación del modo siguiente: “Cuando dos contienden acerca del disfrute de una cosa, se halla en posición indiscutiblemente superior el que la posee. Las razones de esa superioridad son prácticas e intuitivas: basta, para mencionar una de ellas, imaginar la hipótesis de dos aspirantes a una herencia importante, poseída por uno y reclamada por el otro; el poseedor tiene, por lo menos, sobre su adversario, y con mayor motivo si éste no cuenta con otros bienes de fortuna la ventaja de sacar de la propia cosa controvertida a los medios para sostener el proceso. Para asegurar la igualdad entre las partes, puede resultar conveniente que la cosa no sea poseída por ninguno de los dos”²⁴⁹ he ahí la trascendencia y finalidad del secuestro judicial.

Mientras tanto, sobre el bien objeto de disputa, el Juez, a pedido de parte, dispone la desposesión respecto de su tenedor y la entrega a un custodio con

²⁴⁷ Palacio Lino Enrique: Manual de Derecho Procesal Civil. Decimoctava edición actualizada. Edit. Lexis Noxis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 786-787.

²⁴⁸ Rocco Ugo: Tratado de Derecho Procesal Civil. T.V. Editorial Depalma Buenos Aires 1977, p.152.

²⁴⁹ Carnelutti, Francesco: Sistema de Derecho Procesal. UTEHA Argentina, 1944. T.I. pp.249, 250.

fines de aseguramiento para garantizar su intangibilidad y evitar su menoscabo. El secuestro obtenido de este modo, como medida cautelar es subsidiario del contrato de secuestro que no pudo celebrarse; es el secuestro constituido por decisión judicial; de allí el nombre.

Enrico Redenti de modo conciso puntualiza que el secuestro conservativo *"tiende a impedir la sustracción o alteración de bienes individualmente determinados, cuya propiedad o posesión se controvierte o de bienes comunes en espera de división"*²⁵⁰,

Finalmente, debemos acotar que el secuestro conservativo, en atención a su finalidad está ligado exclusivamente a los procesos de cognición; único escenario procesal en el que se resuelve la concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien.

➤ **El secuestro conservativo.**

Es una medida cautelar para futura ejecución forzada patrimonial que el juez ordena con la finalidad de asegurar el cobro del crédito del titular de la medida. Asegura el pago dispuesto en mandato ejecutivo o de ejecución. Es la especie de secuestro para futura ejecución forzada patrimonial y por tal razón puede recaer en cualquier bien del deudor. No se discute la propiedad ni la posesión del bien.

Giuseppe Chiovenda explica que el secuestro de conservación tiene por finalidad conservar aquellas garantías de créditos que pueden más fácilmente desaparecer, como los muebles (...) y las cantidades debidas al deudor por un deudor suyo. Informa seguidamente que las leyes italianas medievales admitían también el arresto personal del deudor sospechoso de huida (especialmente con relación a extranjeros), institución conservada en algunas leyes modernas (por ejemplo, la alemana y la austriaca)²⁵¹.

²⁵⁰ Redenti, Enrico: "Derecho Procesal Civil" 1.1. EJEA Buenos Aires, 1957, p.106

²⁵¹ Chiovenda Giuseppe: "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Vol. 1. Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1948, p.283

Para Enrico Redenti "El secuestro conservativo es una providencia con que se tiende a impedir a un deudor o de quien se afirma que lo es, que derroche o sustraiga en daño del acreedor(o que se afirma serio) los bienes que pudieran en hipótesis ser objeto de ejecución por expropiación y que constituyen en este sentido las garantías genéricas del crédito."

Refiriéndose a los elementos subjetivos de la relación cautelar en el secuestro conservativo, Emilio Betti dice que la legitimación activa para solicitar el secuestro conservativo está dada por la titularidad del derecho obligacional, es decir, del crédito que se presume en peligro (*periculum in mora*), mientras que la legitimación pasiva deriva de la condición de deudor. *La causa petendi* en este caso consiste en la invocación de aquella relación obligacional ejecutiva que se debe justificar a través de la verosimilitud del derecho invocado (*fumus boni iuris*). *El petitum* es la medida de aseguramiento: el secuestro conservativo que debe servir precisamente para poner fin a aquel estado de peligro de la garantía patrimonial²⁵².

SUB-CAPÍTULO 3: ANOTACIÓN DE DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS

Esta medida cautelar, conocida también como *anotación de litis*, tiene como finalidad asegurar la publicidad de los procesos sobre bienes muebles o inmuebles inscritos para que las sentencias que se dicten en tales procesos puedan ser opuestas a terceros adquirentes del bien litigioso; por consiguiente la anotación de demanda en el registro tiene como única finalidad advertir al posible comprador del bien que en caso el titular de de éxito del actor en el proceso tendrá que enfrentar el pronunciamiento y someterse al efecto de la anotación.

CAPITULO SEGUNDO: MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO

Concepto

²⁵² Betti, Emilio: ob. cit. p.p.442-443.

Son decisiones cautelares que se materializan en la ejecución anticipada, parcial o total, de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, configurándose así una coincidencia total o parcial entre la pretensión cautelar y la pretensión principal. También son conocidas como medidas provisionales de seguridad o cautelas materiales porque producen el efecto de una satisfacción anticipada de la pretensión principal misma. No están destinadas a garantizar derechos de crédito sino prestaciones de otra naturaleza, van más allá del aseguramiento para la ejecución forzada.

Tutela cautelar y tutela anticipatoria

En los últimos tiempos, a partir de la posición asumida por la legislación y doctrina procesal brasileña negando naturaleza cautelar a estas medidas, considerándolas como ejecución y satisfacción anticipada de la pretensión principal, se ha iniciado toda una revisión de las posiciones originariamente asumidas, tal como lo veremos seguidamente.

Las medidas temporales sobre el fondo están consideradas en la legislación nacional como una de las expresiones de las medidas cautelares específicas. Es descrita en los siguientes términos: *“Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.”* (Artículo 674º)

La doctrina procesal brasileira liderada por Luiz Guilherme Marinoni ha desarrollado el concepto de tutela anticipatoria, entendida como aquella que puede ser concedida en el curso del proceso de conocimiento, constituyéndose en verdadera arma contra los males que pueden ser acarreados por el tiempo del proceso, siendo viable no sólo para evitar un daño irreparable o de difícil reparación, sino también para que el tiempo del proceso sea distribuido entre la partes litigantes en la proporción de la evidencia del derecho del actor y de la fragilidad de la defensa del demandado. Acota seguidamente que La tutela

anticipatoria rompe con el principio *Nulla executio sine título*, fundamento de separación entre conocimiento y ejecución.

La tutela anticipatoria, sostiene Marinoni, está orientada a distribuir la carga del tiempo del proceso. Es necesario que los operadores del Derecho comprendan la importancia del nuevo instituto y lo usen de modo adecuado. No hay razón para la timidez en el uso de la tutela anticipatoria, pues el remedio surgió para eliminar un mal que ya está instalado. Es necesario que el juez comprenda que no puede haber efectividad sin riesgos. La tutela anticipatoria permite percibir que no es sólo la acción (el peticionar la anticipación) que puede causar perjuicio, sino también la omisión. El juez que se abstiene es tan nocivo como el juez que juzga mal. Prudencia y equilibrio no debe confundirse con miedo. La morosidad de la justicia exige que el juez deje de lado el facilismo de preferir la tutela clásica ordinaria para asumir las responsabilidades de un nuevo juez que trata de los nuevos derechos y que también tiene que entender que las nuevas situaciones desprovistas de tutela no pueden, en no pocos casos, soportar el mismo tiempo que era utilizado para la realización de los derechos de sesenta años atrás²⁵³.

Si el derecho ya fue violado, la tutela sumaria anticipatoria puede repararlo inmediatamente, en tanto que la tutela sumaria cautelar sólo asegura la efectividad de su reparación; la diferencia entre la tutela anticipatoria y la tutela cautelar es clara. La tutela resarcitoria anticipada, o igualmente la tutela restitutiva anticipada, no puede ser confundida con la tutela destinada sólo a asegurar la viabilidad de la reparación del derecho ya violado.

Coincidimos con el profesor Adolfo Rivas cuando afirma que en la doctrina se suele establecer una diferencia entre medidas cautelares y medidas anticipatorias como institutos jurídicos de naturaleza distinta; “de todas maneras (...) medidas cautelares y medidas anticipatorias son institutos jurídicos de distinta naturaleza. Responden eso sí a una misma esencia como es la que hace a la que llamamos jurisdicción asegurativa, pues, sea a través de las cautelares, sea

²⁵³ Marinoni Luiz Guilherme: Tutela anticipatoria; en Medidas Cautelares compilada por Jaime Greif. p. 405.

mediante la satisfacción de la pretensión, se garantiza de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia.”²⁵⁴

Las medidas temporales sobre el fondo, sin duda alguna, constituyen anticipo de tutela del derecho material que se demanda en el proceso principal y no por ello dejan de ser cautelares. Si el anticipo de la pretensión central satisficiera íntegramente el interés del actor, no requiriéndose de la ulterior promoción de un proceso principal, entonces estaríamos frente a una decisión jurisdiccional autosatisfactiva no cautelar.

Presupuestos

➤ **Necesidad impostergable (por la inminencia de un peligro grave e irreparable**

La naturaleza del derecho materia de la relación sustancial y su fuerte probabilidad de amparo, determinada por la cognición especial y sumaria aplicada, exige de la jurisdicción respuestas prontas y urgentes por la inminencia de un peligro grave o irreparable que amenace la frustración de la tutela principal perseguida.

➤ **La firmeza del fundamento de la demanda**

La firmeza del fundamento es concomitante con el presupuesto anterior, puesto que la necesidad impostergable de quien pide la medida debe tener como base y fundamento la solidez, consistencia, verosimilitud y fiabilidad de la demanda.

La *causa petendi*, esto es, la fundamentación fáctica y jurídica de la pretensión principal, debe ser consistente, fiable y cercana a la certeza judicial: para su dictado se requiere que haya un estado de conocimiento suficiente, equivalente a la certeza provisional, superior a la sola apariencia o

²⁵⁴ Rivas Adolfo: “Las medidas cautelares en el proceso civil peruano” Editorial Rodas, Lima Perú, 2000, p,212.

verosimilitud del derecho invocado, pero inferior a la certeza exigible para el dictado de las sentencias. De la firmeza del fundamento de la demanda, sustentada en los medios probatorios aportados, debe fluir como una consecuencia lógica la necesidad del otorgamiento de la medida cautelar solicitada.

➤ **Posibilidad de reversión de lo anticipado.**

Por tratarse de la ejecución anticipada, parcial o total, de la pretensión principal, la posibilidad de reversión de lo anticipado es una condición de las medidas temporales sobre el fondo. Este elemento no es examinado para el otorgamiento de las medidas cautelares asegurativas debido a que la decisión cautelar no toca aspectos medulares de la pretensión principal.

Si se anticipa cautelarmente alimentos y luego la sentencia firme desestima la demanda, es posible devolver lo recibido por tal concepto. Del mismo modo, si en un proceso contencioso administrativo se dispuso la reposición provisional del afectado a su centro de trabajo, ante una sentencia desestimatoria firme, los efectos de la decisión anticipada son de posible reversión y, no afectan el interés público.

➤ **Suficiencia probatoria.**

Los medios probatorios deben constituir el sustento de la necesidad impostergable de la ejecución anticipada y de la firmeza del fundamento de la demanda. En el Código de Processo del Brasil se exige prueba inequívoca de la verosimilitud de lo alegado y además haya fundado recelo de daño irreparable o de difícil reparación, o quede caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

La necesidad impostergable de la ejecución anticipada como presupuesto de la petición cautelar tiene como *leiv motiv* la inminencia de un perjuicio, un daño irreparable o de difícil reparación. Se prueba la inminencia de estas situaciones adversas.

En materia cautelar, no se prueba el daño o peligro inminente, por ser eventos aún no acaecidos, se prueba los hechos que constituyen el fundamento fáctico de la demanda, a partir de los cuales pueden formularse razonamientos lógico-jurídicos que mediante una operación probabilística nos permitan inferir predictivamente la inminencia del daño o del peligro. La prueba de tales hechos, debe constituir indicios suficientes que permitan elaborar presunciones sobre la probable perpetración *futura* de tales daños.

Casos regulados en el código procesal civil.

Las medidas temporales sobre el fondo, reguladas, son seis, mas esta enumeración es de fórmula abierta y no cerrada. A falta de exposición de motivos se presume que el tratamiento específico de solo seis casos sustantivos obedece a la naturaleza del interés tutelable y al grado de requerimiento social. Estos casos son los siguientes: Asignación anticipada de alimentos, asuntos de familia e interés de menores, separación y divorcio, administración de bienes, desalojo, devolución de bien en el despojo.

Institutos afines

El derecho comparado presenta un conjunto de mecanismos destinados a componer la influencia del tiempo necesario en la sustanciación de los procesos; entre estos tenemos al *référé* del derecho francés, específicamente la *ordonnance de référé*, y las *ordonnances sur requête*, las disposiciones provisionales del derecho alemán y la tutela anticipada del derecho brasileño que tienen en común el propósito de anticipar de una u otra manera la tutela solicitada por el reclamante.

➤ Los référé

Es una institución antigua del derecho francés que data del siglo XVII, actualmente se encuentra regulada en el nuevo Código Procesal Civil en sus artículos 484° al 498° y 808-809 y en un conjunto de normas referidas a otros

ámbitos jurisdiccionales. Existen varios tipos de référé, sólo nos referiremos a dos de ellos por su relación con la tutela anticipatoria.

La ordonnance de référé

Es una resolución provisional, dictada a instancia de una de las partes, previa audiencia de la otra o habiéndola citado, en aquellos casos en que la ley otorga a un juez, distinto del competente para conocer del fondo, la potestad de ordenar de manera inmediata las medidas que resulten necesarias.

La ordonnance de référé carece de fuerza de cosa juzgada en cuanto al fondo del asunto. No puede ser modificada ni revocada por el cauce de los référés, salvo que se produzcan nuevas circunstancias. Es provisionalmente ejecutable. El juez podrá, no obstante, condicionar su ejecución provisional a la prestación de una caución. Si fuese necesario, el juez puede decretar que se despache ejecución de forma inmediata.

Las ordonnances sur requête

La *ordonnance sur requête* es una resolución provisional dictada a instancia de una de las partes sin dar audiencia a la parte contraria en los casos en que la ley lo permita. Se ejecuta inmediatamente.

La demanda se presenta por duplicado debe estar motivada y contener la indicación precisa de los documentos que se invoquen. Si se presenta durante la pendency de un proceso, debe indicar cuál es el tribunal que esté conociendo. En los casos de urgencia, la demanda puede presentarse en el domicilio del juez.

➤ **La disposición provisional**

En el derecho alemán, la tutela cautelar es conocida como protección jurídica provisional y es tramitada en un procedimiento urgente especial. La protección

jurídica o cautelar se garantiza mediante dos formas: el embargo preventivo y la disposición provisional; la primera, para el aseguramiento provisional de una pretensión dineraria; la segunda, para el aseguramiento provisional de pretensiones no dinerarias.

Las disposiciones provisionales adoptan tres modalidades: la disposición de seguridad, la disposición regulatoria y la disposición de satisfacción o de prestación. Entre estas, es la última la que tiene afinidad con la medida temporal sobre el fondo.

Disposición provisional de satisfacción o de prestación

La jurisprudencia ha creado una disposición provisional que conduce a la satisfacción del actor. Estas disposiciones son pertinentes cuando el acreedor demandante no solo necesita la seguridad de su pretensión, sino también la imperiosa, inmediata y provisional ejecución de la pretensión. La jurisprudencia permite la disposición de prestación sólo en pocas situaciones de excepción y la vincula a estrictos presupuestos, porque las consecuencias de un cumplimiento provisional con frecuencia son irreparables. Existen tres grupos de casos en los que es admitida solo excepcionalmente la disposición satisfactoria o de prestación: 1) La entrega de una cosa tras uso indebido de la fuerza propia, 2) la omisión de violaciones jurídicas como el pago de asistencia o 3) de indemnización de daños en casos de aguda necesidad, si el presunto derechohabiente lo necesita para asegurar su existencia. Puede ordenarse por ejemplo pagos por cuotas para pretensiones corrientes de asistencia o salariales por el monto de la necesaria asistencia por una duración determinada o adelantos para gastos de asistencia facultativa y de tratamiento para evitar serios daños permanentes.²⁵⁵

²⁵⁵ La información sobre la disposición provisional ha sido tomada de: Proceso Civil Alemán de Stefan Leible . Editora Jurídica de Colombia 1998, p.537-540

CAPITULO TERCERO: MEDIDAS INNOVATIVAS

Concepto

La medida cautelar innovativa es una decisión jurisdiccional cautelar excepcional dictada para restablecer el estado de hecho o de derecho que fue alterado por un acto arbitrario e ilegal. La decisión cautelar implica, por consiguiente, una modificación o cambio de la actual situación vulneratoria de los derechos del actor (*situación A*) por la situación fáctico-jurídica anterior de integridad de sus derechos (*situación B*).

Ya en 1944, Francesco Carnelutti sostenía, refiriéndose al proceso cautelar, que la prevención constituía una tercera finalidad del proceso junto a la finalidad cognitoria, que él llamaba jurisdiccional, y a la ejecutiva; puesto que se trata de prevenir los daños del litigio que aquellos no pueden eliminar. Añadía luego que tal arreglo cautelar o provisional puede ser concebido en dos sentidos distintos, o mejor dicho, opuestos: en el de que se impida o en el de que, por el contrario, se determine el cambio de la situación existente, antes de la conclusión del proceso jurisdiccional o del ejecutivo. Para diferenciar las dos direcciones que podían seguir estas medidas planteó las denominaciones de *prevención conservativa* y *prevención innovativa*.

Seguidamente refiriéndose a la prevención innovativa explicaba que en efecto, existen casos en los que se comprometería el resultado del proceso, si desde el principio no se dispusiese un determinado cambio en el estado de hecho. Se trata de anticipar decisiones judiciales que, si recayesen en el momento normal, perderían en todo o en parte su eficacia. Esa anticipación puede ser conveniente lo mismo respecto del proceso de conocimiento que del proceso ejecutivo. La conciliación entre la necesidad de conducir el proceso según las exigencias de justicia y la necesidad de arreglar inmediatamente la situación se

obtiene desdoblado la solución y por tanto, haciendo que una solución inmediata y provisional preceda a la solución diferida y definitiva.²⁵⁶

Para Jorge W. Peyrano *"La medida cautelar innovativa es una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, medida que se traduce en la injerencia del tribunal en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico. Dicha diligencia cautelar -a diferencia de la mayoría de las otras- no afecta la libre disposición de bienes, ni dispone que se mantenga el statu quo. Va más allá, ordenando-sin que concurra sentencia firme de mérito-que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente"*²⁵⁷.

Como en el caso de las medidas temporales sobre el fondo, la medida innovativa también es excepcional, empero este carácter está referido al hecho de que sólo se concede cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley: es la última opción cautelar y siempre ante la inminencia de un perjuicio irreparable

En la legislación nacional el antecedente más acabado es la Ley N° 23506, Ley de hábeas corpus y amparo, cuyo artículo 1º establece que *"El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional"* Lograr este propósito no es sino transformar determinada situación fáctico-jurídica, es decir, ejecutar una actividad innovativa.

²⁵⁶ Canelutti, Francesco: Sistema de Derecho Procesal Civil, T.1, UTHEA, Buenos Aires-Argentina, 1944, pp. 243-244.

²⁵⁷ Peyrano, Jorge W. "Derecho Procesal Civil de acuerdo al C.P.C peruano" Ediciones Jurídicas, Lima Perú, 1995, p.188.

Características

- **Son excepcionales**, porque su dictado sólo procede ante la inexistencia de otra medida cautelar apta para obtener el fin perseguido. Este rol subsidiario es compartido con las medidas de no innovar y las medidas temporales sobre el fondo. Por ello, su estimación implica una seria responsabilidad para el magistrado por lo que se requiere prudencia especial para amparo.
- **Son transformativas**, pues implican un cambio o *transformación* de la situación de hecho o de derecho constitutiva del acto lesivo, vulneratoria de los derechos del actor (*situación A*) hasta lograr reponer las cosas al estado anterior *de hecho o de derecho* de integridad de sus derechos (*situación B*). Como lo dijimos precedentemente, el petitorio de la demanda principal tiene como propósito lograr *la innovación de la situación actual (situación A)*. Finalmente, en situaciones regulares positivas, el contenido de la medida cautelar debe coincidir con el contenido mismo de la sentencia.

Presupuesto

Es condición para su dictado la inminencia de un perjuicio irreparable (existencia de amenaza) circunstancia que debe desprenderse de los hechos afirmados y suficientemente probados.

De otro lado, el perjuicio irreparable, en términos jurídicos, y en teoría, no existe, puesto que las pretensiones indemnizatorias están previstas para tal fin. Empero, en la realidad sabemos que no todo perjuicio es reparado dinerariamente: existen bienes jurídicos, como el honor, la intimidad, entre otros, cuya lesión el dinero no repara jamás.

La frase nominal *perjuicio irreparable* alude a la grave afectación de los derechos del justiciable como cuando un empleado público es despedido de su centro de trabajo, o cuando una conductora de televisión se ve amenazada por una publicación inminente que revelaría sus relaciones sexuales con uno o más

compañeros de intimidad; debe presumirse que la falta de la remuneración mensual en el primer caso y la difusión de la publicación en el segundo, les provocará graves perjuicios contra sus derechos fundamentales, situación que justifica el otorgamiento de la tutela jurisdiccional cautelar innovativa. En estos casos el daño siendo indemnizable es irreversible y en este sentido irreparable.

Como su principal propulsor (Jorge Peyrano) lo explica, este requisito del daño irreparable fue considerado y propuesto en los albores de la doctrina de la diligencia innovativa como valla para evitar apresuramientos a la hora de despachar tan enérgica medida precautoria; en la realidad, el grueso de la jurisprudencia ha borrado la exigencia de este requisito limitándose a los requisitos comunes y corrientes.²⁵⁸

Las ventajas que otorga esta medida para el otorgamiento de tutela de urgencia, son incuestionables, pero mal utilizada por jueces o abogados puede transformarse no sólo en un arma extorsiva, sino también en un factor de desequilibrio entre las partes y de perturbación del quehacer judicial, muchas de estas situaciones han venido produciéndose en los últimos años; en todo caso estas patologías no son imputables a la medida en sí, sino a sus operadores.

Oportunidad.

Puede solicitarse y despacharse antes de iniciarse el proceso cautelado. La finalidad de *evitar un perjuicio irreparable* autoriza su petición antes de iniciarse el proceso cautelado o principal, de otro modo, la tutela jurisdiccional reclamada podría resultar extemporánea e ineficaz.

Normativamente es procedente postular la demanda cautelar innovativa antes de iniciarse el proceso cautelado porque el artículo 686° del CPC así lo establece: “ *puede el juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración **vaya a ser o es** el sustento de la demanda*”. La perífrasis verbal **vaya a ser** equivale al futuro imperfecto del verbo ser: **será**; luego la demanda cautelar puede solicitarse cuando aún no existe una demanda

²⁵⁸ Peyrano Jorge: “Procedimiento Civil y Comercial” Rosario 1991, Editorial Juris, t.I, p.48

principal interpuesta.

Casos regulados en el código procesal civil

La redacción del texto normativo es de fórmula abierta, genérica, no restrictiva, no obstante ello, regula cuatro casos específicos: interdicción (art 683°); cautela posesoria (art. 684°); abuso de derecho(art. 685°), derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz(art. 686°).

Figuras afines

➤ La disposición provisional

En el derecho alemán, la tutela cautelar es conocida como protección jurídica provisional y es tramitada en un procedimiento urgente especial. La protección jurídica o cautelar se garantiza mediante dos formas: el embargo preventivo y la disposición provisional; la primera, para el aseguramiento provisional de una pretensión dineraria; la segunda, para el aseguramiento provisional de pretensiones no dinerarias.

Las disposiciones provisionales adoptan tres modalidades: la disposición de seguridad, la disposición regulatoria y la disposición de satisfacción o de prestación. Entre estas, la que tiene afinidad con las medidas innovativas es la disposición provisional de regulación.

Disposición provisional de regulación

La disposición provisional de regulación tiene por objeto la regulación de una situación provisional para despejar perjuicios sustanciales o para impedir amenazas de violencia u otros motivos. Mediante la disposición provisional de regulación pueden dictarse decisiones provisionales sobre la facultad de dirigir los negocios en una empresa cuando en el principal se deduce demanda por exclusión del socio facultado a dirigir los negocios. Mediante estas disposiciones provisionales de regulación también pueden adoptarse decisiones provisionales en caso de violaciones a la propiedad, derecho a la personalidad o de derechos de autor o de patentes, entre otras

posibilidades.²⁵⁹

CAPITULO CUARTO: MEDIDAS DE NO INNOVAR

Concepto.

Es una medida cautelar excepcional que tiene por finalidad conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación *vaya a ser o sea invocada* en la demanda y existente al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Se concede sólo ante la inminencia de un perjuicio irreparable y cuando no resulta aplicable otra medida prevista en la ley; tiene por consiguiente un rol subsidiario al igual que la medida innovativa.

Chiovenda, es quien esboza las ideas centrales de esta medida, al afirmar que “Se trata de proveer con urgencia al mantenimiento del statu quo, de modo de asegurar la futura satisfacción después de su declaración. A estos pronunciamientos, con los cuales se realiza una tutela de conservación, corresponden las acciones aseguradoras.”²⁶⁰

El fundamento de la medida cautelar de no innovar, se centra en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa, sustentado en el aforismo latino *lite pendente nihil innovatur*, por el cual debe mantenerse el estado de cosas existente al momento de interponerse la demanda; se impide así que durante el transcurso del proceso se modifique o altere la situación de hecho o de derecho existente al promoverse el litigio.

La medida de no innovar encuentra sustento constitucional indirecto en lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 139º de nuestra Carta Fundamental, respecto a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Conforme a este precepto “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el

²⁵⁹ Leible Stefan: Ob. cit. p.537-540

²⁶⁰ Chiovenda, Giuseppe: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. 1. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948. p.36. Sin embargo, es preciso señalar que este fue el concepto pionero que el renombrado maestro desarrollaba para referirse a las medidas cautelares en general.

órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones...” en aplicación extensiva de esta norma las partes tampoco están facultadas para modificar todo aquello que esté sometido a decisión jurisdiccional. Por este fundamento la medida cautelar de prohibición de innovar no puede ser utilizada para interferir en el cumplimiento de pronunciamientos judiciales firmes, pasados en autoridad de cosa juzgada, ni impedir el derecho constitucional de acudir al órgano jurisdiccional para postular las pretensiones que el interesado considere legítimos. En términos generales no puede postularse medida de no innovar para interferir en la potestad jurisdiccional de otros jueces, impidiendo la prosecución de procesos distintos a aquél en el que se dicta la medida.

La prohibición de innovar está sustentada axiológicamente en los principios de lealtad y buena fe procesales en virtud de los cuales las partes deben abstenerse de realizar innovaciones en la situación existente porque resulta reprobable que mientras el juez despliega sus potestades jurisdiccionales para resolver la cuestión litigiosa planteada, en uno u otro sentido, alguna de las partes o ambas modifiquen el status fáctico o jurídico, intentando alcanzar una ilegítima ventaja.

Antecedentes.

La prohibición de innovar bajo una de sus modalidades, *la injunction*, que se traduce como *entredicho*, alcanzó en el common law un desarrollo inusitado en otras latitudes, precisamente debido al principio de equidad que lo informa.

La *injunction* es un mandato judicial provisional mediante el cual un Juez emite una orden o requerimiento de obligatorio cumplimiento para que la parte obligada, en forma temporal, haga o se abstenga de hacer determinados actos para evitar la consumación de un daño amenazante, so pena de ser sancionado civil o penalmente e incluso pagar elevadas cantidades por concepto de daños y perjuicios. Su contenido concreto así como su misma procedencia están al alcance de un amplísimo arbitrio judicial, de forma que su atipicidad resulta máxima por venir aplicándose a los supuestos más diversos, a diferencia de lo que sucede con la tutela inhibitoria en los ordenamientos continentales donde se

circumscribe a unas cuantas hipótesis típicas.

Para que la *injunction* sea procedente se requiere demostrar ante el juez la alta probabilidad de éxito de la pretensión principal y el riesgo de que la ausencia del mandato provoque al solicitante daños irreparables. El demandado puede evitar la *injunction*, si presta un *undertaking*, es decir, el compromiso de abstenerse de los actos temidos por el actor, e incluso dar noticia a este de los actos necesarios para evitar el daño amenazante; como puede verse la *injunction* tiene finalidad preventiva de daños (tutela preventiva) y no resarcitoria de daños (tutela resarcitoria).

Doctrina

Destacando la finalidad de esta medida, Ugo Rocco²⁶¹ explica que para evitar o abolir la posibilidad o probabilidad de un daño, eliminado un peligro, suprimiendo o eliminando el sacrificio o la restricción del interés contra el cual atenta la situación peligrosa, es absolutamente necesario que la situación de hecho y de derecho que se quiere salvaguardar, *quede inmutada*, es decir, *que se conserve el estado de hecho y de derecho* durante todo el tiempo necesario para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional, esto es, durante todo el tiempo necesario para la declaración de certeza, para la condena y para el inicio de la realización coactiva sobre el patrimonio del obligado.

Linares, define la prohibición de innovar como aquella *"medida precautoria dictada por un órgano judicial intimando a cualquiera de las partes se abstenga de alterar, mientras dura el pleito, el estado de cosas sobre que versa o versará la litis, existente en el momento de notificarse dicha medida"*²⁶²

En opinión de Podetti²⁶³, es una medida cautelar que tiene por finalidad preservar el *status quo*, es decir, un estado de cosas así como la seguridad de los bienes comprendidos en el litigio, en tanto el proceso se desarrolla y resuelve; evita que la pretensión del demandante vencedor resulte de imposible

²⁶¹ Rocco, Ugo: ob. Cit.pp. 55-56.

²⁶² Linares, Juan Francisco: "La prohibición de innovar" Bases para su sistemática, en Rev. del Colegio de Abogados, Bs. As. Nov. Dic. 1942, p.821. citado por Roland Arazi en Medidas Cautelares p.247.

²⁶³ Podetti, Ramiro: Tratado de las medidas cautelares. T. II. EDIAR S.A. Editores, Buenos Aires. P.288.

cumplimiento o menoscabado por las innovaciones o alteraciones introducidas en el curso del proceso y por otro lado, que no se perturbe la paz, ni se dañen o perjudiquen bienes o servicios de interés común.

Eduardo J. Couture²⁶⁴ afirma que estas son medidas cautelares negativas y añade que “En esta clase de providencias se procura, ante todo, impedir la modificación del estado de cosas existente, al tiempo de la petición, en vista de evitar el daño que pueda surgir de su modificación. El carácter negativo surge de que no anticipan la ejecución de un acto, sino que la detienen: p. Ej., prohibición de innovar, ya sea en materia de derecho privado o de derecho público; prohibición del corte de árboles; prohibición de explotar una mina; prevención en las acciones de obra nueva; no alteración en el cumplimiento de los servicios públicos; suspensión preventiva del acto administrativo, etc.”

Por su parte Alsina decía que independientemente de las medidas necesarias que puedan solicitarse para impedir la enajenación de la cosa o para extender los efectos de la sentencia a terceros (anotación de la litis), el juez debe tener la facultad de que no se altere la situación de hecho o de derecho para que la sentencia pueda otorgar al ganador en forma plena y estricta el bien de la vida solicitado. Ello en verdad otorga a la medida una particularidad del todo propia²⁶⁵.

Presupuestos

Los presupuestos para el dictado de esta medida cautelar, en principio, son los mismos exigidos para el dictado de las medidas cautelares en general, sin embargo, las particularidades de la prohibición de innovar determinadas por su finalidad, otorgan individualidad a aquellos.

El matiz especial que este presupuesto presenta en la medida cautelar no innovativa, igual que en la medida innovativa, es “*la inminencia de un perjuicio irreparable*”. Ésta se refiere a aquella situación fáctica o jurídica cuya alteración

²⁶⁴ Couture Eduardo J. “*Fundamentos del Derecho procesal civil*”, 4ª Ed. (póstuma), Buenos Aires, Argentina, Editorial B de F. 2002. P. 265.

²⁶⁵ Alsina Hugo: Tratado teórico y práctico, 3ª edición. T.V, p.524.

pueda afectar la pretensión reclamada; en esta amenaza radica el peligro, cuya perpetración podría generar perjuicios irreparables. Por ello el perjuicio, avizorado como amenaza, no puede ser incierto, remoto o difuso sino inminente e irremediable por ser de imposible reparación, corresponde al juez aplicar el test de proporcionalidad para amparar o desestimar la medida cautelar solicitada.

Oportunidad

A tenor de lo que dispone el artículo 608º del CPC la medida cautelar puede ser solicitada y dictada antes del inicio del proceso principal o cautelado, esta es la regla.

Antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1069 que modificó aspectos importantes del proceso cautelar, el artículo 687º del CPC establecía que “Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada al momento de la admisión de la demanda, en relación a personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley”.

El dictado de la medida de no innovar destinada a conservar la situación de hecho o de derecho, exigía como condición la existencia de una demanda admitida, es decir, no podía adelantarse la petición ni el dictado de la medida cautelar. Esta situación ha sido revertida al dictarse el 28 de junio de 2008, el decreto legislativo 1069, y establecer la posibilidad de solicitarse esta medida cautelar para “...conservar la situación de hecho o de derecho **cuya situación vaya a ser** o sea invocada en la demanda...”

Figuras afines

Entre las figuras cautelares afines a la prohibición de innovar tenemos a la disposición provisional de seguridad o de prestación del derecho alemán, y la inhibición general regulada en el derecho argentino.

➤ **Disposición provisional de seguridad**

Ya se dijo antes que en el derecho alemán, la tutela cautelar es conocida como protección jurídica provisional y es tramitada en un procedimiento urgente especial. La protección jurídica o cautelar se garantiza mediante dos formas: el embargo preventivo y la disposición provisional; la primera, para el aseguramiento provisional de una pretensión dineraria; la segunda, para el aseguramiento provisional de pretensiones no dinerarias.

Las disposiciones provisionales a su vez adoptan tres modalidades: la disposición de seguridad, la disposición regulatoria y la disposición de satisfacción o de prestación.

La medida cautelar a fin a medida no innovativa es la disposición provisional de seguridad que “Resulta admisible la disposición provisional de seguridad cuando con relación al objeto litigioso se teme que por un cambio de la situación existente la realización de un derecho se ve frustrado o dificultado de modo sustancial. Su objeto es la seguridad de una pretensión no dineraria, así por ejemplo para la seguridad de una pretensión de entrega puede ordenarse una prohibición de enajenación o la entrega de la cosa debida a un depositario judicial. El tribunal determina discrecionalmente qué disposiciones son necesarias para el logro del objetivo a asegurar. Deben existir circunstancias que según juicio objetivo de una persona sensata hagan temer riesgo para la realización de una pretensión individual con base en inminentes modificaciones de la situación momentánea.”²⁶⁶

➤ **La inhibición**

Es una medida cautelar que afecta la disponibilidad de derechos reales, genéricamente, sin recaer, como el embargo, en uno o más de ellos, y es de excepción, a falta de la posibilidad de trabar embargo o disponer de las otras medidas encaminadas a asegurar la ejecución forzosa. Constituye una medida cautelar que se traduce en la interdicción de vender o gravar, genéricamente,

²⁶⁶ Leible Stefan: Ob. Cit. p.537-540

cualquier cosa, inmueble o mueble registrable de que el deudor pueda ser propietario en el momento de anotarse la medida o que adquiriera con posterioridad²⁶⁷.

El artículo 534° del Código procesal civil y comercial de la nación argentina regula la inhibición general en los siguientes términos: “Si no se conocieren bienes del deudor o si los embargados resultaren presuntivamente insuficientes para cubrir el crédito del ejecutante, podrá solicitarse contra el ejecutado inhibición general de vender o gravar sus bienes. La medida quedará sin efecto si el deudor presentare bienes a embargo o diere caución bastante.”

TITULO TERCERO: LAS MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS

Consideraciones generales

La extremada duración de los procesos ha dado lugar a la creación de una serie de instituciones orientadas a encontrar soluciones para los diversos problemas que la dilación de las actividades judiciales ocasiona a los intereses de los justiciables. Los esfuerzos tras el propósito indicado se han plasmado en mecanismos tales como las pruebas anticipadas, la afectación de personas o bienes a resultados del proceso mediante decisiones cautelares, la creación de procesos rápidos (sumarios, sumarísimos, amparo, hábeas corpus, etc.), la abreviación de los procesos mediante la limitación de recursos, la concentración de actos en limitadas audiencias o en una sola, a todo lo cual debe añadirse las repercusiones de la tecnología en el proceso que viabiliza acortamiento sustancial de los plazos ordinarios.

Roland Arazi nos recuerda que “Ríos de tinta y existencias enteras de grandes pensadores del Derecho han estado destinadas, afectadas a la búsqueda de las soluciones tendientes a obtener una más pronta satisfacción de los intereses en conflicto. Y pese a ello, pareciera que ni las soluciones imaginadas, ni las

²⁶⁷ Palacio, Derecho procesal civil, t.VIII, p.165, citado por Raúl Martínez Botos en Medidas Cautelares, Editorial Universidad, Buenos Aires 1994,p. 357.

prácticas vigentes, ni todo aquello que los ordenamientos han incorporado como resultado de tan valiosa actividad del pensamiento han podido obtener el resultado que la gente necesita en pos de la coincidencia entre los tiempos de sus necesidades y los de la obtención del resultado que procuran, a través de la actividad del Estado.”²⁶⁸

Contemporáneamente, para que la tutela jurisdiccional responda de manera idónea a los requerimientos de protección jurisdiccional de aquellas situaciones especiales no protegidas por ninguno de los tres tipos de tutela que han alcanzado consagración doctrinaria, legislativa y jurisprudencial se ha acuñado la expresión *tutela diferenciada* que no tiene una finalidad en sí misma, únicamente expresa un criterio excluyente respecto de las tutelas clásicas, es por consiguiente genérica. Empero como expresiones particulares de la tutela diferenciada la doctrina considera a la *tutela preventiva o inhibitoria*, a la *tutela de urgencia* y la *tutela anticipatoria*. De acuerdo con esta taxonomía las medidas autosatisfactivas constituyen una de las expresiones de la tutela de urgencia. Por nuestra parte admitimos con reservas este encuadramiento al no existir una denominación connotativa del tipo de tutela jurisdiccional correspondiente a las medidas autosatisfactivas.

Concepto

Jorge Peyrano define a las medidas autosatisfactivas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles²⁶⁹. Importan una satisfacción definitiva de la pretensión del demandante, razón por la cual se sostiene son autónomas, su vigencia y mantenimiento no depende de la simultánea o ulterior interposición de una pretensión principal.

²⁶⁸ Arazí Roland y Mario E. Kaminker: Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata, p.40, en Medidas autosatisfactivas. Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2004.

²⁶⁹ El concepto fue expuesto por Jorge Peyrano, en su ponencia titulada reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia, con ocasión del XIX congreso nacional de Derecho Procesal, celebrado en Corrientes en agosto de 1997.

La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal²⁷⁰.

La profesora Mabel de los Santos define al proceso autosatisfactivo en los siguientes términos: “Constituye un proceso urgente, autónomo y contradictorio, despachable inaudita parte y previa contracautela, según el grado de apariencia del derecho y de urgencia de su despacho. Es asimismo un medio de tutela rápida y extraordinaria, admisible restrictivamente ante la inexistencia de otra vía procesal eficaz.”²⁷¹

Caracteres

Los principales caracteres son los siguientes:

- **Son decisiones jurisdiccionales autónomas**, se agotan con su despacho favorable pues no están vinculadas a un proceso principal al cual deben garantizar su resultado, en este sentido no son instrumentales. Repetimos, no son instrumentales desde una perspectiva cautelar, pues no están supeditadas al devenir de un proceso principal pero como proceso en sí son instrumentos de satisfacción de pretensiones de urgencia.
- **No son provisorias**, porque su vigencia no está relacionada con la subsistencia de circunstancias propias del proceso principal, su vigencia es definitiva y concluyente, salvo su eventual revocatoria por el superior fundada en la reversibilidad de las decisiones judiciales por el ejercicio del derecho a la instancia plural.

²⁷⁰ Esta es fue la conclusión del XIX congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Corrientes en agosto de 1997.

²⁷¹ De Los Santos Mabel: Medida autosatisfactiva y medida cautelar, publicado en Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2002, p.369.

- **Fuerte probabilidad de la atendibilidad del derecho invocado.** El grado de acreditación de la pretensión debe ser superior a la simple verosimilitud y cercano a la certeza. Esta es la postura predominante en la doctrina.

Consideramos que si estamos frente a un proceso urgente autosatisfactivo, el grado de exigencia sobre la acreditación de la pretensión no puede ser menor a la certeza; sostener la acreditación de fuerte probabilidad revela una timidez inocultable y una evocación culposa de sus ancestros cautelares.

La cognición sumaria, propia de este proceso, por el contrario debe significar la exigencia de mayor grado certeza, y no sólo una fuerte probabilidad de estimación de la pretensión. Los principios de congruencia y razonabilidad exigen que una pretensión urgente y de satisfacción inmediata esté sustentada en un soporte probatorio que genere el mayor grado de certeza en el juzgador.

- **Se dictan *inaudita altera pars*** aunque en algunos casos es necesaria una sustanciación rápida con conocimiento de la parte contraria.

Sostenemos que esta tramitación, obedece a la existencia de certeza de la pretensión invocada sustentada en la consistencia probatoria y en la urgencia de la tutela reclamada, más que en la garantía de ejecución de la decisión como a menudo se sostiene.

Importancia

- Procuran corregir las limitaciones propias de la teoría cautelar clásica conforme a la cual sólo puede obtenerse una solución jurisdiccional urgente a través de la promoción de una cautelar que ineludiblemente reclama la ulterior o concomitante iniciación de un proceso principal, so pena del decaimiento de la respuesta jurisdiccional urgente.
- Se revela como un valioso instrumento procesal para hacer cesar ciertas conductas o vías de hecho contrarias al derecho respecto de las cuales el proceso cautelar resulta inoperante o, por lo menos, ineficiente, en tal sentido

ofrecen una adecuada respuesta a las interrogantes que plantean muchas disposiciones legales que, a todas luces, establecen soluciones urgentes no cautelares como por ejemplo cuando en el artículo 17° del Código Civil se dispone que la violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. Si por la urgencia, el agraviado se ve obligado a reclamar tutela jurisdiccional, y solicita el dictado de una medida cautelar anticipatoria, el contenido de la decisión cautelar no podrá ser otro que la orden de cese de los actos lesivos, resulta obvio que en este caso, al haberse logrado el cese del acto lesivo, el inicio de un proceso subsiguiente resultaría inútil, pues no tendría ninguna finalidad práctica, salvo evitar la cancelación de medida cautelar.

- Desde un punto de vista financiero, evitarían al Estado una sobrecarga innecesaria y el consiguiente despilfarro de los recursos públicos asignados al Poder Judicial: dispendio que se produce en la actualidad al tramitarse procesos innecesarios, siendo que el interés del justiciable ya habría sido resuelto con el proceso cautelar.
- Conforme a la moderna doctrina procesal, las medidas autosatisfactivas permitirían materializar la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva en tiempo útil, una de las condiciones fundamentales del debido proceso adjetivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el artículo 139° inciso 3° de la Constitución Política. Simultáneamente se consagraría la garantía del plazo razonable.
- La positivización de las medidas autosatisfactivas permitiría a los jueces efectivizar la función preventiva de la jurisdicción al evitar la consumación de los daños, de este modo mejoraría el servicio de justicia y se fortalecería la legitimación social del juez.
- Finalmente, las medidas autosatisfactivas compensarían la debilidad del justiciable en situación de urgencia; a menudo, la urgencia coloca al justiciable en posición de debilidad dado que le impide asumir la duración excesiva del

proceso tradicional, desalentando posibles reclamos legítimos antes la jurisdicción²⁷².

Las medidas autosatisfactivas en la doctrina nacional.

En la doctrina nacional las medidas autosatisfactivas aún no han recibido la atención que su importancia requiere, existen algunos estudios aproximativos realizados de manera aislada, entre los merecen ser mencionados los siguientes:

Los breves apuntes realizados por Martín Hurtado Reyes²⁷³ a partir de las Jornadas Internacionales de Derecho Procesal Civil realizadas en Lima entre el 8 y 12 de setiembre de 1997. Las reflexiones de Juan José Monroy Palacios dadas a conocer el año en sus obras *Bases para la Formación de una Teoría Cautelar* (2002) y *Tutela procesal de los derechos* (2004). Rolando Martel Chang (2003) publica su obra titulada *Medida cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil* en la que resume las posturas predominantes en la doctrina argentina

Nuestra posición

Sostenemos que las medidas autosatisfactivas son decisiones jurisdiccionales estimatorias y definitivas, dictadas *inaudita altera pars* por la urgencia del otorgamiento de tutela jurisdiccional y por la existencia de acreditación cierta de la pretensión postulada.

Consideramos que si bien resulta comprensible definir a las medidas autosatisfactivas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables *inaudita et altera pars* y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, debido a su desprendimiento y punto de partida cautelar, ello no armiza con la esencia de su naturaleza y finalidad por las consideraciones siguientes:

²⁷² Hemos tomado los principales fundamentos contenidos en proyecto de ley para la inclusión del libro VIII en el Código Procesal Civil y Comercial de la nación argentina, destinado a la regulación de los procesos de urgencia.

²⁷³ Apuntes de las medidas cautelares en el proceso civil, Librería y Ediciones Jurídicas Lima 1998, pp.177-182.

- Si se trata de decisiones jurisdiccionales urgentes y autónomas es porque su vigencia es definitiva y concluyente, salvo su eventual revocatoria por el superior fundada en la reversibilidad de las decisiones judiciales, por el ejercicio del derecho a la instancia plural.
- Por tratarse de un proceso urgente autosatisfactivo, el grado de exigencia de la acreditación de la pretensión no puede ser menor a la certeza; sostener la suficiencia de acreditación de fuerte probabilidad para su despacho favorable revela una timidez inocultable y un complejo de culpa por su desprendimiento cautelar.
- Como acertadamente lo señala el mismo Peyrano, resulta innecesario desdibujar a una institución jurídica (con relación a la tutela cautelar) para hacerle rendir un servicio para el que no fue pergeñada. Mejor es reconocer que existen nuevas necesidades que reclaman nuevas tutelas que vienen a ser diferenciadas respecto de lo que se tenía hasta entonces.
- La cognición sumaria propia de este proceso, en efecto, debe significar la exigencia del mayor grado certeza, y no sólo una fuerte probabilidad de estimación de la pretensión. Los principios de congruencia y razonabilidad exigen que una pretensión urgente y de satisfacción inmediata para ser estimada, deba estar sustentada en un soporte probatorio generador del mayor grado de certeza en el juzgador.
- Las medidas autosatisfactivas, si bien constituyen *soluciones jurisdiccionales* como las soluciones cognitorias, ejecutivas y cautelares, son todas decisiones jurisdiccionales que corresponden a determinado tipo de tutela jurisdiccional sea esta clásica, institucionalizada con reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial o en proceso de elaboración. Resulta evidente que las medidas autosatisfactivas corresponden a este último grupo; no existe unanimidad aún respecto a su denominación, con este fin se emplea las expresiones tutela de urgencia, tutela satisfactiva e incluso tutela autosatisfactiva; nos adherimos a esta última denominación con algunas reservas.

- El dictado *inaudita altera pars* obedece a la existencia de acreditación cierta de la pretensión invocada, sustentada en la consistencia probatoria y en la urgencia de la tutela reclamada, más que a la necesidad de garantizar el éxito de la ejecución de la medida como a menudo se sostiene. No obstante coincidimos con las posturas mayoritarias en la posibilidad de una sumaria sustanciación cuando la necesidad de amparar la pretensión postulada, así lo requiere, esta circunstancia autoriza al juez a escuchar a la otra parte. Sin embargo, esta tramitación es excepcional.
- Finalmente, consideramos que las medidas autosatisfactivas deben ser recepcionadas en nuestra legislación teniendo como fuente las leyes dictadas en algunas provincias argentinas, con las necesarias adecuaciones a nuestra realidad. Además, por razones de prudencia legislativa y jurisdiccional debe precisarse los casos de procedencia, dejando siempre la fórmula abierta para su aplicación en los casos que por ley posterior se señale.

Institutos afines:

La *injunction* traducida como *orden judicial* del derecho anglosajón, es una sentencia por la que se ordena al demandado que realice un determinado acto singular o plural o que se abstenga de su realización; es distinta de la condena a la reparación del daño. El proceso con jurado típico conduce a una condena al resarcimiento, mientras que el proceso de *equity* típico, que se desarrolla sin jurado se dirige al pronunciamiento de una *injunction*.

Una *injunction* puede dictarse en casos muy diversos, incluidos los procesos entre particulares: puede solicitarla un propietario cuyo fundo se ha visto reiteradamente invadido por el agua, o la contaminación atmosférica o por animales sueltos pertenecientes al propietario del fundo colindante. También puede solicitarse una *injunction* contra la apropiación de secretos comerciales o contra la interferencia en la ejecución de un contrato.

2. DE LA INVESTIGACIÓN EMPIRICA

2.1. Sobre el estado de doctrina cautelar en el Perú.

En el país la doctrina procesal en materia cautelar se encuentra en un grado de desarrollo incipiente; no existe aún una doctrina procesal cautelar general. Los esfuerzos de algunos tratadistas no son suficientes. Así lo ha considerado el 42% del total de abogados consultados (500) han expresado su opinión en el sentido señalado, lo cual revela el real estado en que se encuentran los estudios en material procesal cautelar. (*Hipótesis principal confirmada*)

2.2. Sobre el tratamiento de la contracautela.

Solo un porcentaje minoritario (5%) de abogados consultados considera que la contracautela es fijada con criterio prudencial, de acuerdo con la magnitud de la medida cautelar dispuesta; el porcentaje mayoritario admite que en sede judicial aún o se otorga la debida importancia a la protección que jurisdiccionalmente debe otorgarse a quienes se ven afectados por una decisión cautelar, dictada sólo a partir de la verosimilitud del derecho invocado por el actor. (*hipótesis secundaria 1 -confirmada*)

De otro lado, el 55% de abogados consultados(275) afirma que se hace un uso desmedido de la caución juratoria. La responsabilidad por el uso desmedido de esta modalidad de contracautela personal no puede ser atribuida únicamente a los magistrados puesto que ésta es propuesta por el interesado. No obstante, es el juez quien tiene la decisión final sobre su admisión, sustitución o rechazo por lo que en última instancia la responsabilidad mayor corresponde a los jueces. Los resultados confirman la hipótesis formulada.

2.3. Sobre las medidas temporales sobre el fondo.

Se ha confirmado que las medidas temporales sobre el fondo son tratadas como medidas innovativas; el 32% de abogados consultados así lo acredita. Este resultado revela las habituales confusiones que aún subsisten con relación a la naturaleza y alcances de estas medidas anticipatorias. No obstante, debe reconocerse que en la judicatura nacional se viene observando importantes avances respecto al conocimiento y uso adecuado de estas medidas, cuyo atributo esencial es la coincidencia de la pretensión cautelar con la pretensión postulada en el proceso principal y cuya satisfacción

anticipación se solicita. En conclusión, los resultados nos permiten afirmar que las medidas temporales sobre el fondo paulatinamente vienen siendo objeto de un adecuado conocimiento y manejo. Un sector no menos importante admite que estas medidas son tratadas como medidas cautelares genéricas. (*hipótesis secundaria 2 - confirmada*).

2.4. Sobre las medidas innovativas y de no innovar.

Con relación a las medidas innovativas y de no innovar se ha comprobado, según la encuesta que son mal utilizadas y frecuentemente solicitadas y otorgadas como medidas cautelares genéricas, tal como lo confirma la medición efectuada: 160 abogados que representan el 32% del total de nuestra muestra. En segundo lugar, está el sector de abogados que sostiene que se ha llegado a niveles de conocimiento suficiente y manejo adecuado de estas medidas: 130 abogados que representan el 26% del total de la muestra tiene esta percepción. (*Hipótesis secundaria 3 – confirmada*)

2.5. Sobre las medidas autosatisfactivas

Las medidas autosatisfactivas como una de las expresiones de la tutela de urgencia no son suficientemente conocidas en el ámbito jurídico nacional; éstas son concebidas como medidas cautelares especiales. Del total de abogados consultados, 260 que representa el 52% de la muestra han respondido en el sentido indicado. Un sector igualmente importante: 210 abogados encuestados (42% de la muestra) cree que las medidas autosatisfactivas constituyen una de las expresiones de la tutela de urgencia, y no su manifestación exclusiva, lo cual demuestra que existe conocimiento genérico respecto al tipo de tutela jurisdiccional a la que pertenecen.

RECOMENDACIONES

1.

RECOMENDACIONES

1. Por razones de seguridad jurídica resulta necesario modificar el texto actual del artículo 637 del Código Procesal Civil respecto a la tramitación de las medidas cautelares, específicamente sobre la oportunidad de la notificación de la resolución cautelar. El texto vigente no precisa el momento ni el acto procesal en el cual debe producirse la notificación de la resolución cautelar únicamente se limita a posibilitar la oposición del afectado contra aquella señalando el plazo de cinco días para su interposición. Recomendamos por esta razón la inmediata modificación del texto en mención incorporando la notificación de la decisión cautelar al afectado sin interferir ni perturbar la ejecución o cumplimiento de la misma.
2. El principio de congruencia debe tener su correspondiente correlato entre la regulación normativa y la doctrina procesal. Resulta por ello incongruente que en el artículo 649° del Código Procesal Civil se coloque la sumilla *embargo en forma de depósito y secuestro*, y seguidamente se señale: *“Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos, procediéndose de la manera como se indica en el párrafo siguiente.”* Esta regulación es defectuosa e incongruente porque el fracaso de la diligencia de embargo en forma de depósito por la negativa del obligado a asumir el cargo de depositario no puede derivar automáticamente en un secuestro conservativo si es que esta medida no ha sido previamente ordenada de modo subsidiario.

Se recomienda modificar el mencionado artículo mencionado, debiendo señalarse que el solicitante de una medida cautelar de embargo en forma de depósito, podrá solicitar acumulativamente y en forma subordinada,

secuestro conservativo de los bienes del deudor ante la eventualidad de que éste no aceptara asumir el cargo de depositario. El auto cautelar deberá expedirse admitiendo en forma acumulativa y subordinada, ambas medidas, de este modo se otorgaría coherencia a esta eventualidad cautelar.

3. Cada una de las medidas cautelares específicas previstas en el Código Procesal Civil tiene una finalidad particular, una identidad propia que en modo alguno podrían ser confundidas entre sí. Sin embargo, tratándose de las medidas temporales sobre el fondo, las medidas innovativas y las de no innovar, la norma precisa que son excepcionales porque solo pueden ser dictadas cuando no son de aplicación otras. Sobre el particular recomendamos la eliminación de tal precisión por ser irrelevante y superflua, puesto que la finalidad de una medida innovativa no podría ser asumida por ninguna otra; lo propio sucede con las medidas temporales sobre el fondo: la anticipación en todo o en parte de la pretensión principal solo puede obtenerse por estas medidas y no por otras; del mismo modo, la conservación del status quo solo puede lograrse por medio de las medidas innovativas.
4. Recomendamos la incorporación a nuestra legislación de las medidas autosatisfactivas, con el nombre de *Resoluciones autosatisfactivas* para así efectuar el corte definitivo del cordón umbilical que aún las remite innecesariamente a las medidas cautelares. La incorporación de estas decisiones autosatisfactivas permitirá otorgar tutela de urgencia a diversas situaciones que no son cubiertas adecuadamente por la tutela ordinaria de cognición, ni mucho menos por la tutela cautelar o obstatante haberse desprendido de ésta. La fuente de recepción legislativa podría ser la legislación que sobre el particular viene dictándose en algunas provincias argentinas.

BIBLIOGRAFIA:

1. ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio: El procedimiento civil en el Perú.
2. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: Proceso, autocomposición y autodefensa.
3. ARIANO DEHO, Eugenia: Problemas del proceso civil.
4. ALVARADO VELLOSO Adolfo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Derecho procesal contemporáneo: El debido proceso (obra colectiva)
5. ALLORIO Enrico: Problemas del Derecho Procesal.
6. ALSINA Ugo. Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.
7. ALZAMORA VALDEZ Mario: Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso.
8. ARAZI Roland. Derecho Procesal Civil y Comercial.
9. ARIANO DEHO Eugenia: El Proceso de Ejecución.
10. AZULA CAMACHO, Jaime: Manual de Derecho Procesal Civil Ts. 1, 2, 3.
11. BARRIOS DE ANGELIS Dante: Introducción al estudio del proceso.
12. BAPTISTA DA SILVA Ovidio Araujo: Teoría de la acción cautelar.
13. BETTI, Emilio: Teoría general de las obligaciones. Ts. I, II.
14. BLOSSIERS MANZINI Juan José y. CALDERÓN GARCÍA Sylvia B: Delitos Informáticos.
15. BOBBIO NORBERTO: Teoría general del derecho
16. BRISEÑO SIERRA Humberto: Derecho procesal Ts.I,II
17. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo.
18. BÜLOW OSCAR V: Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales.

19. CABALLO ANGELATS, Lluís: La Ejecución Provisional en el Proceso Civil
20. CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: Derecho a la intimidad.
21. CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús. El embargo
22. CALAMANDREI Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Instituciones de Derecho Procesal Civil.
23. CALDERON CUADRADO, María Pía: Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil.
24. CAPPELLETTI MAURO / GARTH BRYANT: El acceso a la justicia. La oralidad y las pruebas en el proceso civil.
25. CARRASCO DURÁN Manuel: Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales.
26. CARBALLO PIÑEIRO, Laura. Ejecución de condenas de dar.
27. CARNELUTTI Francesco. Sistemas de Derecho Procesal Civil. Instituciones del Proceso Civil.
28. CARRIÓN LUGO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil.
29. CLARIA OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal Penal, T.II.
30. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor: Derecho Familiar Peruano.
31. CORREA DELCASSO, Juan Pablo. El proceso monitorio
32. COUTURE Eduardo: Derecho Procesal Civil. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Estudios de Derecho Procesal Civil Ts. I,II, III.
- CUETO RÚA Julio César: El common Law.
33. CHIOVENDA Guiseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Principios de Derecho Procesal Civil.
34. DE LA PLAZA Manuel. Derecho procesal civil.
35. DE LA RÚA Fernando: Teoría General del Proceso.
36. DE LOS SANTOS Mabel: Medida autosatisfactiva y medida cautelar, publicado en Medidas Cautelares, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2002.

37. DEVIS ECHANDÍA Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso.
38. DWORKIN Ronald: El imperio de la justicia. Los derechos en serio.
39. ELÍAS LAROZA, Enrique: Ley General de Sociedades comentada.
40. FÁBREGA PONCE Jorge. Medidas cautelares. Instituciones de Derecho Procesal Civil.
41. FAIREN GUILLÉN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. La reforma del proceso cautelar español, en Temas el ordenamiento procesal, Tomo II.
42. FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: Derecho Procesal Civil III.
43. FERNANDEZ SEGADO, Francisco: La dogmática de los derechos humanos.
44. FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos, Derecho de la persona. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del código civil peruano.
45. FERREIRA RUBIO Delia Matilde: El derecho a la intimidad.
46. FIX ZAMUDIO Héctor. Constitución y proceso civil en Latinoamérica.
47. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo: La batalla por las medidas cautelares.
48. GEORFFREY C. HAZARD, JR. MICHELE TARUFFO: La justicia civil en los Estados Unidos (The Global Law Collection)
49. GIMENO SENDRA, Vicente: Derecho Procesal Civil.
50. GOLDSCHMIT James. Derecho Procesal Civil.
51. GREIF Jaime: Medidas cauterales (obra colectiva)
52. GUASP Jaime. Derecho Procesal Civil. T.I.
53. GUIMARAES RIBEIRO Darci: La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva
54. HOYOS Arturo: El debido proceso
55. HURTADO REYES Martín. Apuntes de las medidas cautelares en el proceso civil.
56. IHERING, R.V: El Espíritu del Derecho Romano

57. JOVE ANGELES María: Medidas cautelares innominadas en el proceso civil.
58. KIELMANOVICH Jorge L.: Medidas cautelares.
59. KISCH Wilhelm Elementos de Derecho Procesal Civil
60. LEIBLE Stefan: Proceso civil alemán
61. LIEBMAN Tullio Enrico. Manual de Derecho Procesal Civil.
62. LINARES JUAN FRANCISCO, La prohibición de innovar, bases para su sistemática, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1942.
63. LORCA NAVARRETE, Antonio. Tratado de Derecho Procesal Civil.
64. MARRÉ Silvia: Medidas Cautelares.
65. MARTEL CHANG Rolando: Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil
66. MARTÍNEZ BOTOS, Raúl. Medidas cautelares.
67. MONROY GALVEZ Juan “Introducción al Proceso Civil” Tomo I.
68. MONROY PALACIOS Juan José: La tutela procesal de los derechos. Bases para la formación de una teoría cautelar.
69. MONTENEGRO CANNON Marcela: La cautela en el proceso civil peruano.
70. MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Procesal Civil. Derecho jurisdiccional Ts.I, II, III.
71. MORA Nelson. Proceso de Ejecución.
72. NÚÑEZ PONCE Julio: Derecho Informático
73. ORTELLS RAMOS. Las medidas cautelares
74. OTOLENGHI MAURICIO, Medidas precautorias, en Estudios en honor de Hugo Alsina, Ediar, Buenos Aires, 1945.
75. PALACIO Lino Enrique: Derecho Procesal Civil Ts I, II, III
76. PEREZ RIOS, Carlos Antonio: La acumulación en el proceso civil.
77. PEYRANO Jorge W: Medidas autosatisfactivas. El proceso civil, principios y fundamentos. La medida cautelar innovativa. Derecho Procesal Civil de

acuerdo al CPC peruano. Sentencia anticipada (Despachos interinos de fondo) obra colectiva.

78. PODETTI Ramiro Tratado de las medidas cautelares. T. IV
79. PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. "Derecho Procesal Civil"
80. PRIORI POSADA Giovanni F: La tutela cautelar
81. QUINTERO Beatriz, Y PRIETO Eugenio. Teoría General del Proceso.
82. RAMOS ROMEU, Francisco: Las medidas cautelares civiles
83. REDENTI, Enrico "Derecho Procesal Civil
84. REIMUNDIN, Ricardo: Prohibición de innovar como medida cautelar
85. RIVAS Adolfo: Las medidas cautelares en el proceso civil peruano
86. ROCCO, Ugo. Derecho Procesal Civil. Ts. I al VII.
87. RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos: Prontuario de Derecho Romano
88. ROLAND Arazi: MEDIDAS CAUTERALES
89. ROSEMBERG Leo. Derecho Procesal Civil.
90. RÚA Julio César Cueto: El common law.
91. SAN MARTIN CASTRO, César: Derecho Procesal Civil, Vol. II.
92. SATA Salvatore. Manual de Derecho Procesal Civil" Vols. I, II, III.
93. SERRA DOMINGUEZ MANUEL, La intervención judicial de bienes litigiosos: en Estudios de Derecho Procesal.
94. SILVA VALLEJO José. La ciencia del Derecho Procesal.
95. SPOTA ALBERTO, Medidas Cautelares, en los estudios en honor a Hugo Alsina.
96. TARUFFO Michele: Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil.
97. TÉLLEZ VALDEZ Julio: Derecho Informático
98. VÁSQUEZ ROSSI, Jorge: Derecho Procesal Penal Ts. I, II.

99. VÉSCOVI Enrique. Teoría General del Proceso. Derecho Procesal Civil.
100. VECINA CIFUENTES, Javier: Potestad cautelar, contenido y límites. Tomado de www.cej.justicia.es
101. WACH Adolf. Manual de Derecho Procesal Civil
102. WINDSCHEID Bernhard y MUTHER Theodor: Polémica sobre la “actio”.

TESIS:

1. Gallardo Miraval, Juvenal: Cautela y contracautela en el proceso civil.
2. Jiménez Vivas, Javier: Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Problemas, análisis y alternativas.
3. Martel Chang, Rolando: Acerca de legislar sobre las medidas autosatisfactivas en el proceso civil.
4. Solimano Heresi, Oscar Nazir: La Medida cautelar sobre el fondo en el proceso de desalojo

ANEXOS

SENTENCIAS RELEVANTES

**(PODER JUDICIAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)**

SENTENCIAS RELEVANTES

1. **RESOLUCIONES JUDICIALES CAUTELARES:** Medida cautelar innovativa de primera instancia, resolución confirmatoria de segunda instancia y sentencia de fondo sobre cese de actos lesivos contra el derecho a la intimidad personal y familiar de Gisela Valcárcel, CASO “LA SEÑITO”

1.1. MEDIDA CAUTELAR: PRIMERA INSTANCIA.

Expediente N° 1999-4643-0-100-J-CI-4

Demandante: Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez

Demandado: Carlos Alberto Vidal Andrade y otro

Materia: Medida cautelar fuera de proceso

RESOLUCIÓN NUMERO UNO.

Lima, veintiséis de febrero de

Mil novecientos noventinueve.

AUTOS Y VISTOS: Con la copia de Libreta Electoral que se adjunta, la legalización de la firma, el recibo de la tasa judicial y demás que se adjuntan: Al principal, primer y segundo otrosí; y **CONSIDERANDO: PRIMERO:** Que, todo juez a pedido de parte, puede dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, siendo esta provisoria, instrumental y variable. **SEGUNDO:** Que la solicitud cautelar debe cumplir con los requisitos taxativamente establecidos en el artículo seiscientos diez del Código Procesal Civil. **TERCERO:** Que, el artículo seiscientos once del referido código adjetivo, impone al Juez, antes de dictar una medida cautelar, la obligación de analizar de lo expuesto y prueba anexa en la solicitud, la concurrencia de los presupuestos, la verosimilitud del derecho invocado y la necesidad de la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por otra razón justificable. **CUARTO:** Que, la verosimilitud del derecho invocado por la recurrente se encuentra sustentado, en que la intimidad de su vida personal e imagen amparados por el artículo catorce y quince del Código Civil, han sido difundidos y aprovechados, sin autorización expresa, mediante la publicación del primer volumen del libro titulado “La señito”. **QUINTO:** Que, asimismo, estando a la demora regular de la resolución del proceso principal a instaurarse y a tenor de las declaraciones formuladas por el emplazado Carlos Alberto Vidal Andrade a los diversos medios de comunicación escrito que corren en autos, en el sentido, que posteriormente se publicará la parte restante del referido libro, es necesario dictar las medidas pertinentes con el objeto de reponer el estado de hecho o derecho alterados y de esta manera, evitar cualquier perjuicio irreparable en los intereses tutelados. Por lo que en consecuencia, de conformidad a las consideraciones esgrimidas y el artículo seiscientos ochentidós del Código Procesal Civil, **SE RESUELVE: ADMITIR** la solicitud de medida cautelar en forma innovativa formulada por doña SONIA MERCEDES GISELA VALCÁRCEL;

ORDENÁNDOSELES: A).- SE ORDENA a SAN BORJA EDICIONES S.A., a CARLOS ALBERTO VIDAL ANDRADE o cualquier otra empresa, entidad o persona, la inmediata suspensión de la IMPRESIÓN, REIMPRESIÓN, REEDICIÓN, PUBLICACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y O DISTRIBUCIÓN a través de cualquier medio y/o intermedio de cualquier persona o entidad, de la totalidad o parte del libro titulado “La señito”; **B).- SE PROHIBE** a SAN BORJA EDICIONES S A y a CARLOS ALBERTO VIDAL ANDRADE LA REALIZACIÓN DE cualquier cesión de derechos, cesión de posición contractual o cualquier acto de disposición sobre los derechos de impresión, reimpresión, reedición, publicación, comercialización y/o distribución por cualquier medio, de parte o totalidad del libro titulado “La señito”; **ACEPTESE:** La contracautela bajo la modalidad de caución juratoria ofrecida por la recurrente hasta por la suma de cien mil nuevos soles a efectos de resarcir los daños y perjuicios que pudiera ocasionar a los afectados la ejecución de la presente medida; **AL TERCERO Y CUARTO OTROSI: HABILITESE** día y hora para que el especialista legal que suscribe, dado a la urgencia de la tutela de los derechos de la recurrente, cumpla con notificar la presente resolución a la emplazada SAN BORJA EDICIONES S.A. en su domicilio sito en la Avenida Aviación 2760-5° piso, distrito de San Borja – Lima; con la tasa respectiva, **LIBRASE** exhorto al Juez de igual clase del Callao, a efectos que cumpla con notificar la presente resolución a CARLOS ALBERTO VIDAL ANDRADE en su domicilio sito en la Avenida La Mar 472-Chucuito-Callao; **AL QUINTO OTROSI:** Téngase por delegadas las facultades generales de representación a favor de los abogados don Alberto Villanueva Eslava y a don Carlos Saúl Gutiérrez; **AL SEXTO OTROSI:** Téngase presenta las designaciones que se hacen tanto por parte del archivo del módulo y por el de sala de lectura; **AL SEPTIMO OTROSI:** Téngase presente, notificándose a la recurrente por cédula.

1.2. AUTO SUPERIOR CONFIRMATORIO:

Exp. N° 1757-99

Lima, catorce de junio de mil
Novecientos noventinueve.-

AUTOS Y VISTOS; Interviniendo como ponente el señor Sifuentes Stratti; por sus fundamentos pertinentes y **CONSIDERANDO** además: **Primero:** Que para la concesión de toda medida cautelar es necesaria la existencia de requisitos genéricos como son, la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la contracautela; teniendo la providencia cautelar entre otras características la de ser provisoria, es decir, que sin necesidad que se haya expedido fallo definitivo, puede ocurrir que las situaciones probatorias que inicialmente convencieron al juez para dictarla se hayan desvanecido; **Segundo:** Que en el caso de autos se ha solicitado la adopción de la medida cautelar innovativa, por lo que es necesario examinar si esta cuenta con las exigencias ya señaladas y además con la característica propia, cual es, el perjuicio irreparable inminente; Tercero: Que de la lectura exhaustiva de la obra “La señito” cuyo texto obra en copia de fojas uno a fojas cuarenticinco se puede entrever que la narración contenida en la aludida publicación se refiere a hechos relacionados entre la actora y el emplazado, pues

basta apreciar el prólogo y las diversas secuencias para suponer válidamente que el libro publicado por el demandado se refiere a la persona de la pretensora ya que se le identifica a través de toda la redacción con la conductora del programa de televisión “Aló Gisela”, el que en nuestro panorama televisivo sólo ha sido conducido por la demandante, todo lo que constituyen suficientes hechos que conllevan a este colegiado a determinar que el derecho respecto del cual se pide cautela cumple con el *fumus bonis iuris* (verosimilitud del derecho invocado); Cuarto: Que de lo glosado precedentemente es evidente el peligro en la demora, pues de no concederse de inmediato originaría mayores perjuicios, requisito éste que conjuntamente con la contracautela ofrecida han sido satisfechos; Quinto: Que sin embargo, para dar amparo a la medida cautelar es también necesaria la existencia del perjuicio irreparable inminente, el que se configura teniendo en cuenta que al no impedirse en forma inmediata la impresión, reimpresión, publicación y/o distribución de la obra referida, la intimidad personal e imagen de la solicitante resultarían vulnerados, sin que sea posible resarcimiento monetario a futuro por los probables daños causados, a tenor del artículo 682° del Código Procesal Civil; Sexto: Finalmente, es menester señalar que en relación al derecho a la intimidad, la amenaza verosímil de menoscabo o violación puede crear, según las circunstancias, el peligro que justifique la inmediata reacción defensiva, así como la protección jurisdiccional; en consecuencia, estando a las consideraciones precedentes y en atención a lo dispuesto por los artículos 611° y 612° del Código Procesal Civil: CONFIRMARON el auto de fojas setentitrés, de fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventinueve, que admite la medida cautelar en forma innovativa y que ordena a San Borja Ediciones Sociedad Anónima, a Carlos Alberto Vidal Andrade o cualquier empresa, entidad o persona, la inmediata suspensión de la impresión, reimpresión, reedición, publicación, comercialización y/o distribución a través de cualquier medio y/o intermedio de cualquier persona o entidad, de la totalidad o parte del libro titulado “La señito”; con lo demás que contiene y es materia de grado; y los devolvieron; en los seguidos por Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez con San Borja Ediciones y otro sobre medida cautelar.-

S.S. Sifuentes Stratti, Aguado Sotomayor, Zalvidea Queirolo

1.3. SENTENCIA

Expediente N° 4643-99

Demandante: Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez

Demandados: Carlos a. Vidal Andrade y otro

Materia: declaración judicial y otro

RESOLUCIÓN NÚMERO DIEZ

Lima, veintiséis de octubre de

Mil novecientos noventinueve.-

VISTOS: Resulta de autos la demanda interpuesta por SONIA MERCEDES GISELA VALCARCEL ALVAREZ contra CARLOS ALBERTO VIDAL ANDRADE Y SAN BORJA EDICIONES S.A. a fin de que se proceda a la inmediata cesación de los actos lesivos que atentan contra su intimidad personal y familiar y que le

causan un daño moral irreparable y consecuentemente, se les prohíba la divulgación y/o comercialización de su vida íntima a nivel personal como familiar, absteniéndose de aprovecharse de su imagen a través de cualquier medio, así como también para que en forma solidaria procedan a pagarle los demandados el equivalente en moneda nacional de un millón de dólares americanos, por concepto de indemnización por el daño moral, más intereses, costos y costas que se devenguen hasta la finalización del proceso. Como fundamentos de hecho señala que, los demandados con la publicación del volumen UNO del libro “La señito” sin su asentimiento o autorización han transgredido sus derechos personales a la intimidad personal y familiar que son protegidos por el artículo catorce del Código Civil Peruano, que, se han aprovechado de su imagen en franca contravención del artículo quince del Código Civil, por cuanto en la publicación en mención, el autor narra pasajes íntimos de su vida amorosa, personal y familiar, mencionándola expresamente, con nombres y apellidos en varios pasajes de la obra; que, por su condición de personaje público del ambiente artístico nacional se aprecia un ánimo de lucro en la conducta de los demandados, quienes han publicitado la obra como una novela que cuenta hechos reales de su vida amorosa, contada por el propio codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade, que fue su pareja por un largo periodo de tiempo. Admitida la demanda, se corrió traslado de la misma a los emplazados; contestándola únicamente el codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade, mas no así la codemandada San Borja Ediciones S.A que fue declarada rebelde mediante resolución número seis de fecha once de junio de mil novecientos noventinueve. Carlos Alberto Vidal Andrade al momento de absolver la demanda la niega y contradice en todos sus extremos señalando que el libro “La señito” fue distribuido con el diario REERENDUM y que lo expuesto en el libro no se trata de una narración de detalles íntimos de la vida de la demandante, sino más bien de una narración por parte del autor de detalles de su vida, en la cual él es el protagonista, relacionados con la demandante, pero narrados dentro de los límites de la ponderación sin dañar en ningún momento el honor ni ofendiendo con expresiones vejatorias a la demandante; que, las normas invocadas por la actora no amparan a personajes públicos, con la apreciación de que en el caso en particular, ella era conocida por poner de manifiesto frecuentemente su vida íntima; que, no tiene ánimo de lucro al manifestar que el libro lo llevaría a Miami para su publicación, ya que lo único que pretende es dar a conocer su obra, lo cual se encuentra garantizado por la Constitución Política del Estado. Como fundamentos jurídicos invoca los incisos cuarto y octavo del artículo dos de la Constitución Política del Estado; artículos catorce, quince, mil novecientos sesentinueve del Código Civil; artículo cuatrocientos setentiocho del Código Procesal Civil. Saneado el proceso se fijó fecha para la audiencia de conciliación, la misma que se llevó a cabo conforme al acta de fecha veintitrés de julio de mil novecientos noventinueve, para posteriormente llevarse a cabo la audiencia de pruebas tal como es de verse del acta que corre a fojas doscientos sesentidós a doscientos sesenticuatro; con el informe oral del abogado de la parte demandante, es estado del presente proceso el emitir sentencia y; **CONSIDERANDO:** **PRIMERO:** A que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; agreda, el artículo ciento noventiséis, que salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde

a quien afirma hechos que configura su pretensión o quien los contradice alegando hechos nuevos. **SEGUNDO.-** Que la controversia del presente proceso se circunscribe en determinar: *primero*, si la historia narrada por el codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade en el libro “La Señito”, editado por la codemandada San Borja Ediciones S.A., ha sido impreso, publicado y distribuido con el asentimiento de la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez; *segundo*, si la historia narrada por el co-demandado Carlos Alberto Vidal Andrade y distribuida por la codemandada San Borja Ediciones S.A., atenta contra la intimidad personal y familiar de la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez; *tercero*, si los demandados Carlos Alberto Vidal Andrade y San Borja Ediciones S.A. como consecuencia de la impresión, edición, ubicación y distribución del libro titulado “La Señito” se encuentran obligados a pagar a la demandante la cantidad de un millón de dólares americanos por concepto de indemnización por el daño moral sufrido. **TERCERO.-** Se encuentra acreditado de autos que el codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade es autor del libro “La señito”, que fue editado, publicado y distribuido por la codemandada Ediciones San Borja S.A., en el que se narra aspectos íntimos de la relación sentimental sostenida por el referido autor y la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez; ejemplar que corre de fojas cuatro a cuarenta y nueve de autos. **CUARTO.-** Que para todo ello, no ha existido autorización expresa de la actora, así como tampoco autorización tácita, puesto que el tener conocimiento de un simple rumor de la colectividad en cuanto a posible existencia del libro o su publicación, de ninguna manera configura asentimiento. **QUINTO.-** Que del libro titulado “La Señito” apreciamos que el codemandado Carlos Alberto Vidal Andrade ha tomado como protagonista a la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez quien aparte de ser mencionada expresamente con nombres y apellidos en el prólogo como ***“Este pequeño preámbulo no puede corresponder a otros personajes que no sean la ya mítica Gisela Valcárcel y al hombre...”*** (Prólogo libro LA SEÑITO), también conjuntamente con su familia hasta en dos oportunidades, a decir : ***“Gisela Valcárcel con su carita de comprensiva hasta condescendiente ante cámaras, es muy pertinaz en sus cosas”***(LA SEÑITO, pág. 37), ***“...aunque a nadie de la familia Valcárcel Álvarez le era indiferente las peleas entre nosotros.”*** (LA SEÑITO, pág. 75) y por su primer nombre en reiteradas oportunidades, con lo cual no queda duda en el juzgador que la demandante es la misma persona referida en la obra, y que al girar toda la historia alrededor de este personaje, la parte demandada mal puede sostener que el protagonista sea el propio autor y que la obra narre pasajes de su vida propia y calificarla de autobiográfica. Cabe agregar a lo anteriormente expuesto que la obra lleva por título “La señito”, seudónimo que permite identifica plenamente a la demandante, quedando además indiscutiblemente evidenciada la identidad de la misma con la imagen de la portada. **SEXTO.-** Que en el mismo sentido de los medios probatorios actuados puede apreciarse que a raíz de la publicación de la obra la persona de la demandante y los temas y pasajes referidos en la misma han sido objeto de innumerables reportajes periodísticos ya sea en la prensa escrita como televisiva, lo cual da cuenta del gran revuelo y divulgación que ha tenido la obra materia de la demanda, con lo cual se expande a límites incalculables el alcance que ha tenido la difusión de su vida privada que es puesta de manifiesto con la publicación en mención, más aún teniendo en cuenta la

condición de persona pública de la demandante, quien no por ello tiene disminuido su derecho a la protección de su intimidad. **SÉTIMO.-** Que de lo expresado en el escrito de demanda se tiene que la demandante solicita tutela jurisdiccional al haberse visto vulnerados sus derechos personales a la intimidad personal y familiar e imagen propia, protegidos constitucionalmente en el artículo segundo de nuestra Constitución Política del Perú y por los artículos catorce y quince del Código Civil, siendo el caso que mediante el artículo diecisiete del mismo Código también invocado por la actora se expresa la procedencia de la acción iniciada con el fin de exigir la cesación de los actos lesivos de la intimidad personal y la correspondiente indemnización a que da lugar. Del mismo modo, según se desprende del artículo quince invocado, no es el caso que con la publicación del libro materia de la demanda, se haya incurrido en las excepciones previstas en el mismo, por cuanto si bien es cierto que la obra está referida a una persona notoria, lo narrado no está relacionado con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público, no habiendo la parte demandada acreditado en forma fehaciente tal posibilidad. **OCTAVO.-** Que a mayor abundamiento debemos señalar que no por tratarse de una persona pública y notoria que eventual y voluntariamente haya referido en público pasajes de su vida persona e íntima, se puede entender que cualquier persona ajena a ella y sin la correspondiente autorización pueda libremente, considerando la conducta y condición de la persona expresar en público pasajes que supongan entrometerse en su esfera personal e íntima, por cuanto tal intromisión vulnera frontalmente el derecho constitucional, además protegido internacionalmente, de la intimidad e identidad personal, independientemente de considerar si se daña su honor o reputación personal, lo cual no es materia de la presente demanda. **NOVENO.-** Que de lo expuesto por la demandante y de los medios probatorios actuados, sobre todo los vídeos y las publicaciones periodísticas que en abundancia corren en autos, se tiene certeza que con la publicación del libro “La señoito” la imagen de la demandante ha sido aprovechada con fines económicos sin contar con su asentimiento expreso, tal como ha sido referido anteriormente. **DÉCIMO.-** Que, entonces pues, habiéndose violado los derechos de la actora a la intimidad personal y familiar, así como también, un aprovechamiento de su imagen, es amparable la petición de la actora para que en forma definitiva cesen esos actos lesivos. **DÉCIMO PRIMERO.-** Que de conformidad con el artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo; correspondiéndole al autor el descargo por la falta de dolo o culpa. **DÉCIMO SEGUNDO.-** Que conforme se desprende de la doctrina nacional, el daño moral está referido al daño a la persona, aquel que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los derechos de la personalidad o derechos a la persona. **DÉCIMO TERCERO.-** Que no cabe ninguna duda que el derecho a la intimidad garantizado por el artículo dos, inciso sétimo de la Constitución Política del Estado es un derecho de la personalidad que consiste en que todos deben guardar reserva de los detalles de la vida de cada uno de los demás en cuanto pertenecen a la esfera de su vida individual o familiar. **DÉCIMO CUARTO.-** Que conforme a lo expresado en los considerandos precedentes, se encuentra acreditada la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la publicación del libro “La señoito”, cuyo autor y editores se encuentran identificados y el daño ocasionado a la demandada.

DÉCIMO QUINTO.- Que tal como lo prescribe el artículo mil novecientos ochenta y cuatro del Código Civil, el daño moral, considerando líneas arriba como daño a la persona, es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia; en el presente caso, debe tenerse muy en cuenta para fijarse la indemnización, que al ser la publicación del libro “La señito” el medio por el cual se vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar de la persona de la demandante, al no haberse contado con la autorización de la demandante para tal publicación, sintiéndose por consiguiente afectada por la develación de su intimidad personal y familiar, por lo cual invoca una reparación dineraria por el daño moral sufrido, y además, que dicha situación se ha visto agravada con el impacto causado en los demás medios de prensa, provocado por la misma parte demandada impulsada simplemente con un ánimo de lucro aprovechándose en el caso particular de la notoriedad de la persona. **DÉCIMO SEXTO.-** Que los demás medios probatorios actuados y no glosados en los considerandos precedentes, no enervan ni modifican los fundamentos de la presente resolución. En consecuencia por lo expuesto y normas invocadas, además de lo normado en el artículo mil novecientos ochentitrés del Código Civil; con criterio de conciencia, administrando justicia en nombre de la nación; **FALLO:** declarando **FUNDADA** en parte la demanda de fojas noventinueve a cientotreinticuatro; por tanto: **ORDENO** que los demandados Carlos Alberto Vidal Andrade y San Borja Ediciones S.A cesen definitivamente en los actos lesivos que atentan contra la intimidad personal y familiar de la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez, prohibiéndoseles a los referidos demandados la impresión, reimpresión, edición, reedición, publicación, distribución y/o comercialización en forma parcial o total del libro titulado “La señito”, o bajo cualquier otro título **ORDENO:** que, los demandados Carlos Alberto Vidal Andrade y San Borja Ediciones S.A. paguen en forma solidaria a la demandante Sonia Mercedes Gisela Valcárcel Álvarez el equivalente en moneda nacional de QUINIENTOS MIL Y 00/100 DOLARES AMERICANOS al tipo de cambio a la fecha de su pago por concepto de indemnización por el daño moral causado, más intereses legales; costas y costos del proceso; consentida y ejecutoriada que fuera la presente resolución. Notificándose.-

Dr. Néstor Paredes Flores
Juez del Cuarto Juzgado
Especializado en lo civil
Corte Superior de Justicia de Lima

Pedro Román Giraldo Bravo
Especialista Legal Modulo A-13
Corte Superior de Justicia de Lima

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: DECISION CAUTELAR INNOVATIVA: amenaza cierta e inminente de afectación de los derechos constitucionales a la vida y la integridad física del demandante, sus vecinos y huéspedes.

Exp. N.º 0091-2004-aa/tc

Callao

Fidel Esteban

Reynoso Martínez

Sentencia del tribunal constitucional

En Lima, a los 16 días del mes de noviembre de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Fidel Esteban Reynoso Martínez contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas 442, su fecha 15 de octubre de 2003, que declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 11 de junio de 2002, el recurrente, denunciando la amenaza y violación de su derecho de propiedad, interpone demanda de amparo contra la empresa Nextel del Perú S.A., solicitando que se disponga el retiro de la estación base de telecomunicaciones, instalada en la azotea del inmueble de su propiedad, y se le otorgue una compensación económica por los daños y perjuicios ocasionados. Manifiesta que en mayo de 2001 arrendó la azotea de su inmueble a la demandada, a fin de que instale una estación de telecomunicaciones; que la falta de mantenimiento de la instalación dio lugar a que se produjeran daños en el mismo; y que le remitió una carta dando cuenta de la situación, y también realizó algunos trámites administrativos en la Municipalidad Provincial del Callao. Añade que a la fecha de interposición de la demanda la emplazada no ha retirado las instalaciones, lo cual viene generando daños, y que existe la amenaza cierta e inminente de afectación de su propiedad ante posibles derrumbes.

La emplazada manifiesta que la demanda carece de total asidero; que el amparo no es la vía idónea para resolver la controversia debido a su carencia de estación probatoria; y que el petitorio de la demanda no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. Alega, además, que no ha violado el derecho de propiedad, pues el actor aceptó expresamente la instalación de la base de telecomunicaciones en su propiedad, y que, en realidad, el móvil del recurrente es incumplir el contrato celebrado en su momento.

El Quinto Juzgado Civil del Callao, con fecha 8 de abril de 2003, declaró infundada la demanda, por considerar que en autos no se ha acreditado la existencia de una amenaza o violación del derecho de propiedad del recurrente.

La recurrida, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda, por estimar que la controversia debe ventilarse en un proceso que cuente con etapa probatoria.

FUNDAMENTOS

1. Según se aprecia a fojas 78 de autos, la demanda tiene dos pretensiones: que Nextel del Perú S.A. retire la estación base de telecomunicaciones instalada en el inmueble de propiedad del recurrente; y que se ordene a la demandada le otorgue una compensación económica por los daños y perjuicios ocasionados.

2. En principio, conforme a lo expuesto por la demandada, tanto la resolución de un contrato como resultado del incumplimiento de una de las partes, como el pago de una indemnización, son controversias que no corresponden ser dilucidadas en sede constitucional, dado que requieren de actividad probatoria y no comportan la violación del contenido directamente protegido de un derecho constitucional.

3. Consecuentemente, tal extremo de la demanda –que se otorgue una compensación económica por los daños y perjuicios que eventualmente se ocasionen– debe ser desestimado, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de las partes para que lo hagan valer, en todo caso, en la vía arbitral, de conformidad con lo dispuesto por la Cláusula 12 del contrato de arrendamiento que en copia corre de fojas 6 a 12 de autos.

4. Respecto a la primera pretensión de que se disponga el retiro de la estación de telecomunicaciones porque se amenaza la propiedad del demandante–, este Tribunal estima que los derechos constitucionales que se están amenazando son los derechos a la vida y a la integridad física, no sólo del recurrente, sino de quienes viven en las cercanías, dado que, para el funcionamiento de la estación de telecomunicaciones, se ha instalado en la azotea del inmueble de propiedad del actor –que está destinado al servicio de hospedaje– una Torre Digital o Antena de 10 toneladas de peso, arriesgándose la integridad de los usuarios.

5. Por tal razón, en atención al artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional –que dispone que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente– y al tiempo transcurrido desde la fecha de interposición de la demanda, el Tribunal Constitucional considera no sólo pertinente, sino de ineludible responsabilidad, ingresar a evaluar el fondo de la controversia, a fin de evitar una eventual irreparabilidad por los graves daños que podrían ocasionarse.

6. La emplazada expresa que no es posible actuar medios probatorios dado que el proceso de amparo carece de etapa probatoria como, en efecto, lo dispone el artículo 9° del Código Procesal Constitucional. Al respecto, debe precisarse que

dicho precepto no implica, en modo alguno, que este Colegiado no pueda valorar, y meritar, debidamente, las pruebas aportadas por las partes, y más aún si se trata de una pretensión como la planteada en autos, en la que se denuncia una inminente y grave amenaza de derechos constitucionales.

7. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en las STC N.º 0976-2001-AA/TC y N.º 1797-2002-HD/TC, en las cuales sostuvo que la inexistencia de una estación de pruebas se debe a que en estos procesos no se dilucida la titularidad de un derecho, sino sólo se restablece su ejercicio, y que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar, en esencia, sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional, agregando que si bien es correcto afirmar que en el amparo no existe estación probatoria, con ello, en realidad, no se está haciendo otra cosa que invocar el artículo 13.º de la Ley N.º 25398 (hoy, artículo 9º del Código Procesal Constitucional). No es ese, desde luego, el problema, sino determinar si la inexistencia de la susodicha estación probatoria impide que el juez constitucional expida una sentencia sobre el fondo del asunto. Por tanto, este Tribunal reitera que no sólo puede, sino que debe evaluar el fondo de la controversia de autos.

8. Por otro lado, dado que la demanda se sustenta en una presunta amenaza de derechos constitucionales, es pertinente recordar que este Colegiado ha precisado en reiterada línea jurisprudencial [cf. STC N.º 2593-2003-AA/TC] que, para ser objeto de protección a través de los procesos constitucionales, la amenaza de violación de un derecho constitucional debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapen a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez, el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos; efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediablemente una violación concreta.

9. En el caso de autos se aprecian tales condiciones. Así, el Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS, de fojas 30, emitido por la Municipalidad Provincial del Callao, da cuenta de la existencia de daños en el inmueble del demandante y de deficiencias técnicas de la instalación, precisando que “Las columnas del tercer nivel no han sido las adecuadas para servir de apoyo a la antena instalada en la azotea (...) no habiéndose diseñado para la carga que está soportando actualmente”. Asimismo, obran en autos el Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPSO-DDC, de fojas 329, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial del Callao; el Informe elaborado por el Laboratorio de ensayo de Materiales de la Facultad de Ingeniería Civil de la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI), que corre de fojas 332 a 404, respecto de la evaluación de los daños presentados en el predio de propiedad del actor; el Informe N.º 029-2005-MPC-GGDU-GO-LEMG, emitido por la Gerencia de Obras de la Municipalidad

Provincial del Callao; y la Resolución Gerencial N.º 127-2005-MPC/GGDU, del 22 de julio de 2005, expedida por la Gerencia General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao.

10. Los informes precitados otorgan suficiente convicción a este Colegiado respecto de la existencia de una amenaza cierta y de inminente realización, pues todos coinciden en las siguientes observaciones:

a) La edificación del predio del actor carece de la capacidad de soporte necesaria para resistir el peso de la Torre Digital (10 t) instalada por la Empresa Nextel, pues su diseño estructural (construcción irregular y asimétrica) resulta deficiente para recibir cargas adicionales. (Informe UNI de fojas 333,336 y 371, Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS e Informe Técnico N.º 613-2003-MPCDGPDSO-DDC, emitidos por la Municipalidad Provincial del Callao).

b) La instalación asimétrica de los apoyos de la Torre, sobre las columnas del predio, trasmite cargas adicionales a la losa aligerada, presentando la edificación un comportamiento flexible (deformación). (Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS de la Municipalidad Provincial del Callao e Informe UNI de fojas 335).

c) Los anclajes de la torre resultan deficientes, pues los pernos no tienen la longitud establecida por las normas. Asimismo, algunos pernos se encuentran desprendidos; por ende, la torre está únicamente apoyada sobre la columna y el piso de la azotea, y/o tiene un mal anclaje. (Informe UNI de fojas 335 y 337 e Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPDSO-DDC, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial del Callao).

d) Por la ubicación del predio (cercanía al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez), los vientos turbulentos crean fuerzas adicionales de impacto sobre la torre y la estructura del predio. (Informe UNI de fojas 337).

e) La edificación incumple la norma E-030; por tanto, un sismo de regular magnitud ocasionaría fisuras y grietas en la estructura, pudiendo incluso colapsar algunos elementos de la edificación, pues esta no tiene la capacidad de desplazamiento inelástico. (Informe N.º 109-2002-MPC-DGDU-DO-WOS de la Municipalidad Provincial del Callao e Informe UNI de fojas 371).

f) Se recomendó el reforzamiento de la estructura del inmueble, colocando en la estructura ménsulas y planchas de soporte para que las columnas soporten el aplastamiento de la edificación, así como el vaciado de una losa adicional doblemente reforzada mediante el levantamiento del contrapiso, a fin de que el inmueble gane rigidez y absorción eficiente de la transmisión de la flexión generada por la excentricidad de las cargas provenientes de la torre. (Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPDSO-DDC, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial del Callao e Informe UNI de fojas 371).

g) Finalmente, y no por eso menos importante, se recomienda el retiro de la Torre. (Informe Técnico N.º 613-2003-MPC-DGPSO-DDC, emitido por la Dirección de Defensa Civil de la Municipalidad Provincial del Callao).

h) No obstante haberse efectuado diversas reparaciones en la edificación entre los años 2004 y 2005, y a consecuencia de la deficiente estructura del inmueble, han aparecido nuevas fisuras en los muros portantes. Por otro lado, los trabajos efectuados en diversos muros resultan inadecuados para el soporte de cargas de trabajo o sísmicas, y las instalaciones de Nextel del Perú S.A. incrementan considerablemente las cargas, poniendo en peligro la edificación. (Informe N.º 029-2005-MPC-GGDU-GO-LEMG, emitido por la Gerencia de Obras, y la Resolución Gerencial N.º 127-2005-MPC/GGDU, del 22 de julio de 2005, expedida por la Gerencia General de Desarrollo Urbano de la Municipalidad Provincial del Callao).

Consecuentemente, con la instalación de dicha Torre, cuyo peso es de 10 toneladas, no solo se amenaza la vida e integridad del actor, sino también la de todas las personas que viven en los alrededores, así como de quienes hacen uso del servicio de hospedaje.

11. Este Tribunal estima que, independientemente de la cuestión contractual, que corresponde ventilarse en una vía distinta a la del amparo, conforme se ha expuesto en los Fundamentos N.º 2 y 3, *supra*, e independientemente también de las causas que originaron los daños en el inmueble, los informes técnicos a que se ha hecho referencia con detalle acreditan suficiente y fehacientemente la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación de los derechos constitucionales a la vida y la integridad física del demandante, sus vecinos y huéspedes, razones por las cuales procede amparar la demanda en tal extremo, debiendo disponerse el retiro inmediato de la estación base de telecomunicaciones y de la torre digital, instaladas en el inmueble de propiedad del recurrente, como una medida destinada a prevenir los graves daños que pudieran producirse.

12. Conviene señalar que el hecho de que se expida una sentencia estimatoria no implica, en modo alguno, que este Colegiado haya determinado que la demandada, al haber instalado la estación base de telecomunicaciones y la torre digital, sea la responsable de los daños ocasionados al inmueble de propiedad del actor, pues, como ha quedado dicho, dicha discusión, como todas las controversias de orden contractual, corresponde dilucidarse en la vía arbitral a la que las propias partes se han sometido. Es necesario enfatizar que la Constitución le ha encomendado a este Tribunal y a todos los jueces del amparo una tarea en extremo delicada: la de tutelar los derechos constitucionales, y, con ello, proteger a la población de amenazas contra su seguridad; razones, todas, por las que ordena el retiro de la estación base de telecomunicaciones y de la torre digital.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO:

1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda, en el extremo relativo a que se disponga el retiro de la estación base de telecomunicaciones.
2. Ordena que Nextel del Perú S.A. proceda al retiro de la estación base de telecomunicaciones y de la torre digital instalada en la azotea del inmueble de propiedad del demandante, sito en Av. Juan Pablo II (actualmente Av. Santa Rosa), lote 30, manzana B, urbanización Juan Pablo II, Callao.
3. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto a que se otorgue al demandante una compensación económica por los daños y perjuicios ocasionados, dejándose a salvo el derecho que pueda corresponderle conforme a lo expuesto en el Fundamento 3, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

- 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:** naturaleza de la tutela cautelar como garantía del derecho al debido proceso; función constitucional de la tutela cautelar, deberes la constitución impone al juez constitucional y a los justiciables respecto a la tutela cautelar. presupuestos.

Sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional

Proceso de inconstitucionalidad.

Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República

27 de octubre de 2006

EXP. N.º 00023-2005-PI/TC LIMA

Defensoría del Pueblo

En Lima, a los 27 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Walter Albán Peralta, defensor del Pueblo en funciones, contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, que establece la procedencia de la medida cautelar en los procesos de amparo en los que se cuestionen actos administrativos expedidos por los gobiernos locales y regionales.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de Inconstitucionalidad
Demandante	:	Defensoría del Pueblo.
Norma sometida a control	a :	Tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, publicada el 31 de mayo de 2004
Normas constitucionales cuya vulneración se alega	:	Artículos 2.2 y 139.3 de la Constitución, que establecen el principio de igualdad y el derecho a la tutela jurisdiccional, respectivamente
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad del tercer y cuarto párrafo del artículo 15º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional

III. DISPOSICION CUYA CONSTITUCIONALIDAD SE CUESTIONA

Tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional que establece lo siguiente:

Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.

De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta la Corte Superior resolverá dentro del plazo de tres días, bajo responsabilidad, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 2 de setiembre de 2005, la recurrente interpone demanda de inconstitucionalidad contra el tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional, solicitando que se declaren inconstitucionales por vulnerar el principio de igualdad y el derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”, establecidos en los artículos 2.º, inciso 2, y 139.º inciso 3, de la Constitución.

Sustenta la inconstitucionalidad de la disposición impugnada en las siguientes consideraciones:

- El primer y segundo párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional estableció como regla un procedimiento ágil para la procedencia de la medida cautelar, al disponer que ésta sea dictada sin audiencia a la parte demandada, sin intervención del Ministerio Público; que el recurso de apelación sea concedido sin efecto suspensivo y que tenga como límite la irreversibilidad de la misma. Sin embargo, en los cuestionados tercer y cuarto párrafo del referido artículo 15.º, al regularse la procedencia de la medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, se han establecido limitaciones que desnaturalizan la esencia de las medidas cautelares, toda vez que resultan “irrazonables” y “desproporcionadas”, al conceder audiencia a la parte demandada e informe oral si lo solicita; disponer la intervención del Ministerio Público; que el recurso de apelación sea concedido con efecto suspensivo y, finalmente, que el pedido

de medida cautelar sea presentado ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema.

Al respecto, se precisa que en el respectivo debate del pleno del Congreso se alegó que un procedimiento cautelar de esta naturaleza se justificaba en consideraciones referidas a la experiencia y a los abusos que se habían cometido a nivel jurisdiccional al concederse indebidamente medidas cautelares, debilitando de este modo la autonomía municipal y regional, además del principio de autoridad.

- Las disposiciones cuestionadas establecen un trato discriminatorio, por cuanto se crea un procedimiento injustificado para sujetos como los gobiernos locales y regionales. Si bien el procedimiento cautelar cuestionado tiene como fin preservar la autonomía municipal y regional (artículos 191.º y 197.º de la Constitución), aplicando al caso el principio de idoneidad, que forma parte del principio de proporcionalidad, la existencia de contradictorio previo, la intervención del Ministerio Público y la apelación con efectos suspensivos, a lo mucho neutralizan el factor “sorpresa”, pero no evitan necesariamente el ejercicio abusivo, ilegítimo o equivocado de la tutela cautelar. Ello sólo se logra especializando y capacitando a los jueces que tramitan esta clase de procesos a fin de que se ponderen adecuadamente en el caso concreto, así como haciendo efectivas las responsabilidades civiles, penales o disciplinarias a que hubiere lugar.
- El procedimiento cautelar cuestionado no garantiza una tutela jurisdiccional efectiva. En efecto, un procedimiento cautelar que se inicia ante la Sala Civil de la Corte Superior –cuando la demanda se presenta ante el Juez de Primera Instancia– y que es resuelto en segundo grado por la Corte Suprema –cuando el principal jamás lo conocerá–, que puede ser apelado con efecto suspensivo –es decir, así se conceda la medida no se ejecutará de inmediato–, no asegura la eficacia de la tutela de urgencia impartida en el proceso principal.
- Finalmente, se solicita a este Colegiado que exhorte a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a la pronta implementación de jueces especializados en materia constitucional, la misma que viene exigida por la Tercera Disposición Final del Código Procesal Constitucional. Al respecto, indica que en el punto resolutivo N.º 6 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, CASO ANICAMA HERNÁNDEZ, se exhortó al Poder Judicial a que aumente el número de Juzgados Especializados en lo Contencioso Administrativo en el Distrito Judicial de Lima y los cree en el resto de distritos judiciales de la República.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 27 de octubre de 2005, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que se la declare infundada, alegando que las disposiciones cuestionadas no contienen ninguna clase de inconstitucionalidad, ya sea directa o indirecta, por la forma o por el fondo, en atención a las siguientes consideraciones:

- El Congreso de la República, en base a razones de oportunidad y conveniencia, eligió una de las variantes de medidas cautelares existentes en la Teoría General del Proceso, con el fin de proteger la autonomía municipal y regional respecto de los abusos cometidos en ejercicio de la función jurisdiccional.
- En el proceso de amparo, al constituir un proceso de tutela urgente, no cabe admitir medidas cautelares, pues éstas son más propias de procesos ordinarios en los que la propia duración del proceso puede convertir en inviable el derecho de un accionante.
- En cuanto a la concesión de audiencia otorgada a la parte demandada (gobierno local o regional), en ordenamientos jurídicos como el de Brasil, en el que el juez debe escuchar a la otra parte antes de conceder la medida, salvo casos excepcionales, donde la urgencia privilegie la concesión de una liminar (decisión otorgada sin contradictorio). En efecto, el artículo 797.º del Código de Proceso brasileño establece que “Sólo en casos excepcionales, expresamente autorizados por ley, determinará el juez medidas cautelares sin audiencia de las partes”. En suma, en las medidas cautelares la bilateralidad es la regla y la medida *inaudita et altera pars*, la excepción. Asimismo, la solicitud de informe oral es una consecuencia de la forma en que ha sido diseñada la medida cautelar, es decir, con audiencia de la otra parte.
- En cuanto al cuestionamiento a la intervención del Ministerio Público, este órgano no “participa” en los procesos cautelares, pues su intervención tiene lugar como tercero interesado que no es parte en el proceso, pero que por mandato del artículo 159.º de la Constitución tiene que garantizar la correcta actuación de la función jurisdiccional y representa en juicio a la sociedad.
- Con respecto al hecho de que la apelación sea concedida con efecto suspensivo, si en los procesos principales se debe respetar la regla del efecto suspensivo de la sentencia apelada, no se incurre en inconstitucionalidad cuando se ha previsto el efecto suspensivo del auto apelado que concede una medida cautelar. Más aún, en un contexto como el peruano en el que el litigante “no se caracteriza precisamente por una actuación de buena fe”. Es por ello que la suspensión del auto que concede la medida cautelar tiene como propósito salvaguardar la ponderación, ya que se correría el riesgo de utilizar las medidas cautelares en contra de los gobiernos locales y regionales como medios de presión frente a autoridades que sólo han actuado de modo regular y correcto, evitándose la interposición de medidas sin correlato con la realidad jurídico-material o, en el peor de los casos, en la concesión por parte de la autoridad judicial de medidas inadecuadas e irreversibles.

- Si las pruebas y los elementos que sirven de soporte para la concesión de la medida cautelar son distintos a los del principal no resulta cuestionable que corran en cuerda separada y por medio de jueces distintos. Por el contrario, la Corte Superior y la Suprema garantizan de mejor manera la proporcionalidad y adecuación de la medida a las exigencias del proceso y de lo que se persigue con su tramitación.
- La norma parte de un hecho práctico de que, tanto los gobiernos locales como los regionales son los más afectados en sus atribuciones y competencias constitucionales por el abuso del amparo y las medidas cautelares, que en los últimos tiempos –o desde que estaba en vigor la Ley N.º 23506– sólo han servido para enervar el principio de autoridad. Así, la finalidad de la norma cuestionada, se encuentra constituida por el respeto del principio de autoridad, el que se traduce en el acatamiento de las normas que emiten los gobiernos locales y regionales (artículo 38.º de la Constitución). En suma, las medidas cautelares del Código Procesal Constitucional, en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, no vulnera el principio de igualdad al resistir con suficiencia el test de razonabilidad.
- No es válido el argumento de que el procedimiento cautelar diseñado para municipalidades y gobiernos regionales desgasta indebidamente los recursos del Poder Judicial, pues este argumento no tiene una naturaleza jurídica y menos constitucional, siendo un problema que le compete a la ciencia administrativa y a los funcionarios del Poder Judicial que se desempeñan en las labores de gestión eficaz de los despachos.
- La sola demora en la tramitación del despacho no es sinónimo de inconstitucionalidad. En efecto, desde esta perspectiva, la vía igualmente satisfactoria no es necesariamente la más rápida ni la que dura el mismo tiempo, pues está claro que no hay vía más rápida que el Amparo, sino aquella en la que el derecho puede obtener satisfacción, pese al perjuicio normal que implique la demora a que se ve sometida toda persona que reclama ante la justicia.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad del tercer y cuarto párrafo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional (en adelante CPConst.), debe centrarse en los siguientes temas:

1. Determinar cuáles son los cambios derivados en el régimen legal aplicable al proceso de amparo a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional:
 - 1.1. ¿Cuál es la nueva configuración del proceso en el Estado Democrático y Social de Derecho?
 - 1.2. ¿Cómo se establecen la naturaleza y los fines de los procesos constitucionales?
 - 1.3. ¿Cuál es la función constitucional del proceso de amparo?
 - 1.4. ¿Cuál es la configuración legislativa del proceso de amparo?

- 1.5. ¿Cuáles son los cambios en el régimen procesal de la medida cautelar en el proceso de amparo?
2. Si el procedimiento cautelar aplicable al caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, que presenta como características: a) el otorgamiento de audiencia a la parte demandada; b) la intervención del Ministerio Público; c) la posibilidad de solicitar informe oral; d) la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, y e) que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional “efectiva”. En tal sentido, los problemas jurídicos que se plantean pueden ser expresados del siguiente modo:
 - 2.1. ¿Cuál es la relación existente entre la efectividad procesal y el proceso de amparo?
 - 2.2. Determinar si el procedimiento cautelar cuestionado supone una afectación del derecho al libre acceso a la jurisdicción
3. Analizar la naturaleza de la tutela cautelar como garantía del derecho al debido proceso; para tales efectos corresponderá analizar:
 - 3.1. ¿Cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso?
 - 3.2. ¿Cuál es la función constitucional de la tutela cautelar? ¿Cuáles son los deberes que impone al juez constitucional y a los justiciables?
 - 3.3. ¿La tutela cautelar se encuentra incorporada como contenido implícito del derecho al debido proceso?
 - 3.4. ¿Cuáles son los presupuestos de la medida cautelar?
 - 3.5. Análisis de constitucionalidad del procedimiento cautelar cuestionado
4. Evaluar si, en comparación con el procedimiento cautelar general establecido en el CPConst., el procedimiento cautelar especial contenido en el mismo cuerpo normativo vulnera el derecho a la de igualdad de quienes demandan en este último procedimiento; en tal sentido corresponderá responder a las siguientes interrogantes:
 - 4.1. ¿De qué forma el principio-derecho de igualdad vincula al legislador?
 - 4.2. Establecer el contenido de la igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”
 - 4.3. ¿Cuál es la vinculación entre el juicio de igualdad “en la ley” y el principio de proporcionalidad?
 - 4.4. ¿Cuál es la incidencia del *test de igualdad* aplicado a las disposiciones cuestionadas?

VI. FUNDAMENTOS

A) El Código Procesal Constitucional y el cambio en el régimen legal del proceso de amparo

§1. La nueva configuración del proceso en el Estado Democrático y Social de Derecho

1. La Constitución es la norma jurídico-política suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto manifestación jurídica del principio político de soberanía popular, sirva para la tutela de los derechos fundamentales y el respeto del ordenamiento jurídico de la nación.

De un lado, como norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo constituido por valores, principios y derechos fundamentales capaces de vincular a todo poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto.

De otro, como norma política, su validez y eficacia está condicionada a servir al fortalecimiento del régimen democrático y a la adecuación de las normas que contiene a contextos sociales determinados, lo que impone a este Colegiado no reducir sus competencias únicamente a un mero examen formal de la ley, sino orientarlas a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional. Esto es, otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales, resolviendo los procesos constitucionales sin desconocer las cuestiones sociales y asuntos públicos subyacentes en el sentido de la propia Constitución.

2. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas:
“(…) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”^{274[1]}.
3. Dentro de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución destacan claramente aquellos de naturaleza procesal. En efecto, el proceso en general tiene una configuración diferente en el Estado Constitucional de Derecho, pues con la finalidad de hacer del proceso un mecanismo ágil, eficaz y garantista en la defensa de los derechos de las

^{274[1]} STC 5854-2005-PA, FJ 3

personas, la Constitución ha consagrado el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional con garantías procesales, entre las que destacan: los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (artículo 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6), el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139.8), el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139.9), la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139.11), el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139.12), la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139.13), el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139.14), el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139.15), la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y, para todos, en los casos que la ley señala (artículo 139.16), el derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley (artículo 139.20); el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103), el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2.24.e), entre otras.

4. Más allá de estas garantías procesales, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones, ha identificado otras garantías de naturaleza procesal; así por ejemplo, el derecho a un juez independiente e imparcial^{275[2]}, el derecho al libre acceso a la jurisdicción^{276[3]}, el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva^{277[4]}, el derecho a la prueba^{278[5]}, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas^{279[6]}, el principio *non bis in ídem*^{280[7]}, el principio de igualdad procesal de las partes^{281[8]}, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales^{282[9]}, entre otras garantías.

^{275[2]} STC 0023-2003-AI, FJ 34.

^{276[3]} STC 1003-1998-AA, FJ 3.C. y STC 05374-2005-AA, FJ 6.

^{277[4]} STC 2915-2004-HC, FJ 5.

^{278[5]} STC 1934-2003-HC, FJ 1 y ss. y STC 1808-2003-HC, FJ 2.

^{279[6]} STC 4124-2004-HC, FJ 8 y STC 0549-2004-HC, FJ 3.

^{280[7]} STC 0729-2003-HC, FJ 2 y STC 2050-2002-AA, FJ 18 ss.

^{281[8]} STC 2028-2004-HC, FJ 5.

^{282[9]} STC 1042-2002-AA, FJ 2.3.1, STC 1546-2002-AA, FJ 2 ss. y STC 0015-2001-AI (acumulados), FJ 6 ss.

5. La existencia de este amplio conjunto de garantías procesales, que en todo caso deben ser respetadas por el legislador, configura de manera especial el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para regular el proceso. Las actuales Constituciones contienen disposiciones que evidencian un notable interés por las condiciones de realización de la justicia, un interés en cómo está disciplinada. De allí, el mandato de garantizar la independencia de los jueces, el libre acceso a la jurisdicción o los comportamientos, sin menoscabo del normal desarrollo de la función gubernamental.
6. Y es que las garantías razonables de un proceso debido se constituyen en mandatos que buscan superar una concepción tradicional del proceso, de modo tal que éste pueda constituirse en un mecanismo idóneo y eficaz en la defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas y de los gobiernos descentralizados –local y regional-. Ello, incluso, ha originado una nueva configuración de determinadas instituciones procesales como aquel de la acción existente para acudir a un órgano jurisdiccional en busca de tutela, sin abuso del derecho. La investigación comparatística, en base al análisis de la experiencia constitucional estadounidense del *due process*, destaca la imposibilidad de configurar una dimensión puramente “procesal” de la acción, por ello se ha destacado que la cláusula del debido proceso -*due process clause*- es susceptible de violación no sólo cuando sean “irrazonables” las modalidades técnicas de ejercicio de los poderes procesales, sino también en los casos en los que la configuración misma de los derechos sustantivos -*substantive rights*-, en la incidencia sobre la posibilidad de probar su existencia en juicio, sea tal que perjudique la tutela, condicionando “irrazonablemente” el éxito del proceso. De allí que resulte razonable poder regular de manera especial el procedimiento cautelar frente a los actos legítimos de las autoridades locales y regionales.
7. De todo ello se desprende que en el Estado Social y Democrático de Derecho, la Constitución se encuentra orientada a una protección procesal de los derechos fundamentales, lo que supone una teoría constitucional procesal, como primer paso para concretizar el contenido material de la Constitución, a través de la afirmación de un *contenido procesal autónomo de los derechos fundamentales (status activus processualis)*, que permite asegurar al ciudadano acceder a la tutela jurisdiccional de la justicia constitucional para un ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.
En consecuencia, la instauración de procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales sobre la base de una autonomía procesal, constituye uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Por ello, seguidamente se analizarán las características que identifican a los procesos constitucionales encargados de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en especial el proceso de amparo, de modo tal que se pueda verificar cuáles son los ámbitos que debe observar el legislador al momento de regular estos procesos.

§2. Naturaleza y fines de los procesos constitucionales

8. Los “derechos fundamentales” y los “procesos para su protección” se han instituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos sólo podrían “realizarse” en la medida en que cuenten con mecanismos “rápidos”, “adecuados” y “eficaces” para su protección. Así, a los derechos fundamentales, además de su condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, les es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. Así, los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se constituyen en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático y en el instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales.
9. De allí que la Constitución de 1993 ha establecido en el Título V denominado *Garantías Constitucionales*, un conjunto de disposiciones que regulan, entre otras previsiones, los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, constituyendo una *tutela especializada* -a cargo de jueces constitucionales- distinta a aquella *tutela común* -a cargo de jueces ordinarios-. Asimismo, tal reconocimiento se deriva también de lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25.1^{283[10]}), así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3.a), al permitir la interposición de un recurso «efectivo» contra las violaciones de los derechos fundamentales.
10. La consagración constitucional de estos procesos les otorga un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos: 1) *Por sus fines*, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales; 2) *Por el rol del juez*, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales; 3) *Por los principios orientadores*, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales; y 4) *Por su naturaleza*, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no sólo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los

^{283[10]} Disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención [CIDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrafo 32]

individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia.

11. De ahí que, en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no sólo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución^{284[11]}. Pues la protección de los derechos fundamentales no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro.
12. Por todo ello, la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales resulta ser de especial relevancia para el análisis constitucional a realizar por este Colegiado, pues este caso amerita una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales. En consecuencia, se hace necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional. Todo lo cual nos permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor.

§3. El caso del proceso de amparo

13. El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de los mismos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales.

^{284[11]} ZAGREBELSKY, Gustavo. «¿Derecho procesal constitucional?». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º IV, Lima, 2001. pp. 409 y 415.

14. En tanto proceso constitucional, comparte su doble naturaleza. Es decir, “la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo es *una* faceta del recurso de amparo. Este tiene una *doble función*, junto a la subjetiva, otra objetiva: “asegurar el derecho Constitucional objetivo y servir a su interpretación [y perfeccionamiento]”^{285[12]}. En tanto proceso fundamentalmente *subjetivo*, es promovido por la violación de derechos fundamentales, alegación compleja que no puede ir dirigida únicamente a lograr que el Tribunal determine el contenido de un derecho tutelable por el amparo, sino que se vuelve indispensable la conexión de éste con un acto concreto -de autoridad o particulares- que haya producido una afectación sobre el mismo. Su dimensión objetiva, determina que para resolver se hace necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula el derecho o categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales.
15. De allí, que debamos discutir las afirmaciones de los demandantes, de reducir el proceso de amparo a su identificación única y exclusivamente como un recurso rápido, idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, en el marco del principio de unidad de la Constitución y de concordancia práctica. Pues, el amparo no sólo busca satisfacer las exigencias de una justicia célere en la satisfacción de las pretensiones subjetivas; sino que está orientado a resolver la tensión individuo-comunidad en el sentido de una “conexión y vinculación de la persona a la comunidad”^{286[13]}. Y es que el ciudadano que defiende sus derechos fundamentales echa a andar una actividad judicial que, al mismo tiempo, sirve a la defensa objetiva de la Constitución y contribuye a su interpretación y desarrollo^{287[14]}.
16. Así, en el presente caso, para ejercer un control de constitucionalidad acorde con las instituciones y valores consagrados por la Constitución, este Tribunal considera necesario enfatizar que existe un régimen jurídico propio y autónomo de los procesos constitucionales, especialmente del amparo, que se funda no sólo en la idea de “eficacia” en sí y para sí, sino también en el de la eficacia normativa de toda la Constitución.
17. El proceso de amparo, si bien mantiene supletoriamente alguna conexión con el sentido civilista de proceso, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean subordinadas al Derecho Procesal Civil. Enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, que impone a este Colegiado examinar los derechos fundamentales en armonía con los valores y bienes

^{285[12]} HÄBERLE, Peter. «El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal de Jurisdicción Constitucional». En Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coordinadores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 257.

^{286[13]} Ibidem, p. 256.

^{287[14]} LIMBACH, Jutta. «Función y significado del recurso constitucional en Alemania». En *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 3, julio-diciembre, México, 2000, p. 71.

constitucionales objetivos -tales como, en este caso, las normas que desarrollan y proyectan el desarrollo progresivo del proceso de descentralización y el ejercicio de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales (Capítulo XIV de la Constitución)-, de no ser así sino pasarían a ser meros enunciados retóricos, carentes de valor normativo.

En suma, atendiendo a la naturaleza y fines del proceso de amparo, la teoría constitucional procesal construida por la doctrina y la jurisprudencia de este Colegiado adquiere especial relevancia, en tanto implica necesariamente un cierto distanciamiento del resto de regulaciones procesales, obligando a efectuar una lectura iuspublicista de este proceso constitucional, y no privatista, ya que puede desdibujar sus contornos. Lo que determina, como bien aprecia Pedro de Vega, que “so pena de traicionarse los objetivos últimos de la justicia constitucional, no se pueden acoplar a ella algunos de los principios y mecanismos del procedimiento civil ordinario. Piénsese, por ejemplo, en el principio de justicia rogada (*da mihi facto dabo tibi jus*). No se comprendería que a la hora de declarar anticonstitucional una determinada ley, el juez constitucional –y en virtud del principio inquisitivo, contrario al de la justicia rogada– no indagara más allá de las pruebas aportadas por las partes para contemplar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posibles”^{288[15]}.

18. En consecuencia, la interpretación e integración de las normas procesales aplicables al proceso de amparo, debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirven los procesos constitucionales –la Constitución-, debe realizarse atendiendo a la autonomía y supremacía que este representa respecto al resto del ordenamiento jurídico fundado en la legalidad. Por tal razón, “esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una *interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución*”^{289[16]}.

En efecto, la incorporación del proceso de amparo al orden público constitucional supone una forma específica dirigida primordialmente a excluirlo del tráfico *iure privato*, sin que ello suponga desconocer la aplicación supletoria de determinadas categorías, en virtud del mandato del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dice: “En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina”.

^{288[15]} DE VEGA, Pedro. *Estudios políticos constitucionales*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1987, p. 306.

^{289[16]} Resolución Exps. N.os 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ 15.

De acuerdo con esta disposición, “la integración del CPConst., a través de la *aplicación_analógica* del resto de regulaciones procesales ordinarias afines, está siempre condicionada a su compatibilidad o adecuación a los mencionados fines y, además, a que los concrete y *optimice* (“ayuden a su *mejor* desarrollo”). Por consiguiente, se trata de condiciones concurrentes; no es suficiente la compatibilidad con el fin, sino también que ello suponga su optimización. Según esto, aun cuando determinada regulación procesal diera lugar a una aplicación analógica, ello debe entenderse sólo como una posibilidad *prima facie*, sujeta siempre a las condiciones antes mencionadas”^{290[17]}.

§4. La configuración constitucional y legal del proceso de amparo: el Código Procesal Constitucional

19. Precisamente, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 200.º de la Constitución, según el cual “Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías”, el legislador expidió la Ley N.º 28237, denominado Código Procesal Constitucional, que entró en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2004.

De este modo, se diseñó un cuerpo normativo orgánico que unificó y sistematizó los procesos constitucionales, dotándolos de principios generales y mecanismos que tienen por finalidad, tal como lo señala el artículo II de su Título Preliminar, “garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

20. Determinar los límites de la libertad de configuración legislativa exige atender la compleja relación que existe entre Constitución y ley, es decir, en qué medida, por ejemplo, la libertad que tiene el legislador para establecer límites a derechos fundamentales, como el debido proceso, no se constituye en una libertad absoluta, sino en una libertad limitada, a su vez, por la propia Norma Fundamental.

Siendo clara la distinción existente entre la relación Constitución-ley y la relación ley-reglamento, a diferencia de la segunda, en la primera el legislador no es mero ejecutor de la Constitución sino el órgano que en base a los límites constitucionales goza de un amplio margen de libertad para dictar leyes, no sólo desarrollando la Norma Fundamental sino, en muchos casos, concretando determinadas opciones políticas -como es el caso de la regulación de la concesión de medidas cautelares en los procesos contra los gobiernos descentralizados-.

21. No obstante, esta libertad en la configuración de la ley, en cuanto a la organización de los procesos constitucionales, no implica en modo alguno su desvinculación de los valores y principios de la Constitución.

^{290[17]} Resolución Exps. N.os 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, FJ 16.

Así, el legislador, al regular el proceso de amparo, no puede vulnerar el principio de igualdad creando diferencias que resulten desproporcionadas o irrazonables respecto del bien jurídico que se pretende proteger. De igual modo, no puede vulnerar el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional ni las garantías procesales constitucionales (derechos fundamentales y principios de naturaleza procesal), estableciendo reglas innecesarias y procedimientos que resultan ineficaces en cuanto al resultado que se pretende obtener.

Ello tiene implicancias en el presente proceso; en consecuencia, la regulación de la medida cautelar también está sujeta a una regulación que no devenga en desproporcionada e irrazonable con el fin que se pretende obtener.

§5. Los cambios en el régimen procesal de la medida cautelar en el proceso de amparo.

22. En los debates previos a la expedición del CPCConst., respecto de la medida cautelar, se sostuvo que “El importante desarrollo que ha tenido el tema cautelar en sede nacional, algunas veces positivo y muchas otras pernicioso, ha exigido a la Comisión un cuidado especial en su regulación. (...) las medidas cautelares se mueven en nuestro sistema judicial entre Escilas y Caribdis, es decir, entre peñascos y tormentas y, además, entre su trascendente necesidad y su cotidiano abuso. Sin embargo, es necesario regularlas más allá del temor y de la temeridad, por eso la Comisión opta por su ejecución inmediata –como enseña unánimemente la doctrina–, aplazando el contradictorio y la posibilidad de impugnarla”^{291[18]}.
23. De este modo, el artículo 15.º del CPCConst., que contiene cinco párrafos, estableció en los dos primeros que “Se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación sólo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final”, y “El juez al conceder la medida atenderá al límite de irreversibilidad de la misma”.
24. Tal como se aprecia, los aludidos párrafos establecen, entre otras previsiones, las características esenciales de toda medida cautelar, como son el *fumus boni iuris* (apariencia del derecho), el *periculum in mora* (peligro en la demora), así como la adecuación (uso de medida adecuada a los fines perseguidos). Asimismo, se exige que a) una vez presentada la solicitud de medida cautelar, ésta será resuelta sin conocimiento de la parte demandada; b) de apelarse la decisión adoptada en primera instancia, ésta sólo será concedida sin que se

^{291[18]} Exposición de motivos de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso contenida en el Proyecto de Ley N.º 09371.

suspendan sus efectos, y c) en el momento de concederse la medida cautelar, el juzgador deberá tener en consideración que ésta es irreversible.

25. Sin embargo, en los párrafos tercero y cuarto del referido artículo 15.º se establece que “Cuando la solicitud de medida cautelar tenga por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional, serán conocidas en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente”, y que “De la solicitud se corre traslado por el término de tres días, acompañando copia certificada de la demanda y sus recaudos, así como de la resolución que la da por admitida, tramitando el incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. (...) La resolución que dicta la Corte será recurrible con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, la que resolverá en el plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad”.
26. Este procedimiento cautelar especial creado por el Legislador para el caso de los gobiernos locales y regionales se diferencia del procedimiento cautelar “general” por las siguientes características:
- a) Una vez presentada la solicitud de medida cautelar, ésta será resuelta con conocimiento de la parte demandada.
 - b) Es posible solicitar informe oral.
 - c) De apelarse la decisión adoptada en primera instancia ésta sólo será concedida suspendiéndose sus efectos.
 - d) Intervención del Ministerio Público.
 - e) En primera instancia es de conocimiento de una sala superior y, en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia.
27. Como se aprecia, el legislador ha creado dos procedimientos cautelares diferentes. Un procedimiento especial para el caso de los gobiernos locales y regionales y otro general para los demás casos. Ello, en principio, es constitucional, en la medida que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas”, según lo dispone el artículo 103.º de la Constitución.

En consecuencia, corresponde ingresar al examen de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, debiendo analizarse en primer lugar si éstas vulneran el derecho al libre acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela cautelar, como contenidos del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, para luego analizar si las disposiciones cuestionadas vulneran el principio-derecho de igualdad.

B) La efectividad del debido proceso y la tutela jurisdiccional en el proceso de amparo

§6. La efectividad en el proceso de amparo

28. El debido proceso y la tutela jurisdiccional que es ejercida en los procesos constitucionales, para ser considerada como tal, debe ser efectiva, desde el inicio de un proceso hasta el cumplimiento de lo decidido por la autoridad judicial, pues, no tendría ningún sentido la existencia de un sistema de administración de justicia si la tutela que éste debería brindar no pudiera ser real y verdadera.

Precisamente, la necesidad de entender que el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad, se desprende tanto del artículo 8.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo, se encuentra esencialmente referido a los procesos constitucionales de la libertad^{292[19]}.

Esta efectividad en los procesos constitucionales no se satisface con la existencia formal de los recursos, sino que debe dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos fundamentales. Así, “no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión”^{293[20]}.

29. En referencia al proceso de amparo, el elemento de efectividad que caracteriza al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, *prima facie*, debe ser observado bajo un principio de oportunidad, en cada una de las etapas del proceso y en la realización de todo acto procesal, inclusive, claro está, procedimientos como el cautelar.

En suma, la efectividad de la tutela atraviesa, *prima facie*, todos los contenidos del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional y se constituye en uno de sus elementos indispensables, no sólo en lo que se refiere al proceso de amparo, sino subsidiariamente en el procedimiento cautelar, dado su carácter instrumental en la consecución de una resolución que realice los fines comunes a todos los procesos constitucionales: proteger los derechos fundamentales y garantizar la supremacía jurídica de la Constitución.

30. Por ello, sería inconducente interpretar la efectividad en un sentido absoluto, en perjuicio de un proceso constitucionalmente justo. Como todo derecho, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva es uno que puede ser limitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en

^{292[19]} STC 0015-2001-AI (acumulados), FJ 10.

^{293[20]} CIDH. *Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párrafo 77.

toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección –tales como, la ejecución de las resoluciones judiciales firmes^{294[21]} o la gobernabilidad en sus distintos niveles de organización del Estado descentralizado, entre otros-.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

Pues, tal como ha sido establecido *supra*, el proceso de amparo debe ser leído como una garantía iuspublicista que debe satisfacer las legítimas pretensiones subjetivas pero en consonancia con otros bienes que integran el orden público constitucional. Siendo que la efectividad querida por la Constitución es aquella que es capaz de realizar y optimizar de mejor manera la dimensión subjetiva y objetiva que confluyen en el proceso de amparo; y en el caso específico del procedimiento cautelar especial cuestionado, supone puedan armonizarse la actuación gubernamental legítima de los gobiernos locales y regionales con la tutela de urgencia del proceso de amparo.

31. En consecuencia, la efectividad que se busca garantizar, si en el procedimiento cautelar en el ámbito jurisdiccional civil está orientada a la anticipación provisional de la pretensión interpuesta por el actor; la situación no es la misma en el proceso de amparo, donde la medida cautelar no pasa de ser una medida provisional de conservación de un derecho fundamental^{295[22]}. En este sentido se debe sostener que la medida cautelar no puede anticipar lo que es el contenido de la pretensión de amparo, sino la verosimilitud de la afectación de un derecho; de lo contrario la medida cautelar excedería la finalidad perseguida por el artículo 15 del CPConst.

Por ejemplo, si se accediese a otorgar la suspensión pedida mediante medida cautelar, que suponga dejar sin efecto unas diligencias de investigación realizadas en el marco de un proceso civil, cuya irregularidad es precisamente lo que el actor somete a la decisión del Tribunal Constitucional. En este caso, la adopción de la medida cautelar bloquearía toda la actividad emprendida de oficio por el Juez y se confundiría con el objeto del presente proceso, de tal manera que el pronunciamiento supondría otorgamiento anticipado del amparo. Además, la suspensión que se pide, aunque instalada respecto de determinadas resoluciones, supondría la real paralización del proceso en curso^{296[23]}.

^{294[21]} Así, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que “tratándose de resoluciones judiciales, el criterio general es el de la no suspensión, habida cuenta del interés general que se desprende de su ejecución (AATC 125/1989, 306/1991, 214/1995)

^{295[22]} MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional... Op. cit.*, p. 416.

^{296[23]} TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. ATC 336/1992, de 16 de noviembre, FJ 3.

§7. El procedimiento cautelar cuestionado y el derecho al libre acceso a la jurisdicción

32. Seguidamente, se debe verificar si los párrafos del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional, que establecen un procedimiento cautelar especial, vulneran el derecho al libre acceso a la jurisdicción.

En primer término, cabe mencionar que la demandante ha sostenido que “el procedimiento cautelar diseñado para municipalidades y gobiernos regionales desgasta indebidamente los recursos disponibles al interior del Poder Judicial, pues el ‘abrumado’ aparato administrativo de dicho Poder del Estado deberá movilizar expedientes cautelares de cada una de las salas superiores de las 28 Cortes a nivel nacional”; por ello “disuade fuertemente el acceso a la justicia, toda vez que el tránsito hasta la capital de la República incrementa notoriamente el esfuerzo, el tiempo y el costo para ver satisfecho el interés cautelar”.

De lo expuesto se desprende que el cuestionamiento de la demandante, respecto del derecho de libre acceso a la jurisdicción, está referido principalmente al extremo que establece que la medida cautelar en el caso de actos de gobiernos locales y regionales, en primera instancia, es de conocimiento de una sala superior y en segunda instancia, de la Corte Suprema de Justicia.

33. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República sostuvo que “El proceso cautelar y su procedimiento no son únicos. Y si las pruebas y los elementos que le sirven de soporte para dictar la providencia y conceder la medida son distintos a los del principal, no resulta cuestionable que corran en cuerda separada y por medio de jueces distintos. Por el contrario, la Corte Superior y la Suprema garantizan de mejor manera la proporcionalidad y adecuación de la medida a las exigencias del proceso y de lo que se persigue con su tramitación. Por último, las supuestas deficiencias técnicas de la medida cautelar *sub júdice*, en la hipótesis negada que así lo fuese, no necesariamente convierten su tramitación en una inconstitucionalidad”.

34. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, teniendo en consideración el contenido constitucionalmente protegido del derecho al libre acceso a la jurisdicción, estima, en primer lugar, que el extremo del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional, que establece que la solicitud de medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales es conocida en primera instancia por una Sala Superior y en segunda instancia por la Corte Suprema, no es inconstitucional.

Por cuanto la Constitución no ampara el abuso de derecho (artículo 103.º de la Constitución), para este Colegiado, el procedimiento cautelar especial establece requisitos *razonables* para acceder a la tutela jurisdiccional, que se constituyen en la alternativa *necesaria* para la satisfacción de las pretensiones que hacen valer el pedido cautelar sin menoscabo de bienes constitucionales

protegidos como la gobernabilidad; asimismo, *proporcional*, por poseer una razón jurídica legítima para su establecimiento.

35. En efecto, el principio de proporcionalidad contiene criterios que permiten medir la legitimidad de una medida legislativa que interviene en los derechos fundamentales: a) idoneidad de la medida para conseguir un fin legítimo; b) necesidad o indispensabilidad de la misma, y c) proporcionalidad en sentido estricto, en el que se verifica si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar relacionada con la ponderación de intereses según las circunstancias del caso.

En el presente caso, que supone analizar la constitucionalidad del procedimiento especial -conocimiento en primera instancia por una Sala Superior y en segunda instancia por la Corte Suprema- dado al pedido cautelar contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales, recurriremos a la utilización del *test* de razonabilidad, cuyos subprincipios fueron desarrollados en el párrafo precedente:

- a) *Subprincipio de idoneidad o de adecuación*: Dicho procedimiento especial resulta adecuado para conseguir un fin legítimo, la protección de la autonomía local y regional que se ve afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.
- b) *Subprincipio de necesidad*: También lo es que constituye una legítima regulación en el derecho fundamental al libre acceso a la jurisdicción, toda vez que no existen otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia. Así, los jueces que conozcan estas medidas cautelares podrán ponderar correctamente los intereses privados y públicos en conflicto.
- c) *Subprincipio de proporcionalidad stricto sensu*: Se trata de una opción legislativa adecuada para evitar la interposición de medidas cautelares que dificultan la labor de los gobiernos locales y regionales, en materia de protección de la salud, seguridad de los ciudadanos y en particular de los menores. Pero siempre dentro de un límite, de manera que no obstaculicen arbitrariamente a los justiciables respecto del libre acceso a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos.

36. Por ello, es que mediante este pronunciamiento afirmamos la plena validez constitucional de la medida legislativa cuestionada. Esto no atenta contra el derecho al libre acceso a la jurisdicción ni contra la tutela jurisdiccional efectiva, sino que desarrolla el principio-derecho, en virtud del cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Esta separación de los jueces que conocen el procedimiento cautelar y el proceso principal, sólo pretende garantizar para el justiciable que solicita una medida cautelar contra los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales una decisión prudente y justa en doble instancia.

37. Respecto del argumento del apoderado del Congreso en el que se hace referencia a cierto nivel de independencia que posee el procedimiento cautelar respecto del proceso principal, es necesario precisar que de ningún modo puede interpretarse tal independencia como una de carácter *teleológico*, sino únicamente de carácter *funcional*. Es decir, tanto el procedimiento cautelar como el proceso principal son dependientes uno del otro básicamente porque el primero configura provisionalmente el principal, que en suma persiguen los mismos fines, establecidos en el artículo II del Título Preliminar del CPConst., cuales son garantizar la primacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. Así, el proceso tiene por finalidad solucionar un conflicto jurídico o despejar una incertidumbre de naturaleza también jurídica, para lo cual el procedimiento cautelar garantiza la efectividad sustantiva y adjetiva del precitado proceso.
38. CALAMANDREI ha sostenido que “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela *mediata*: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”^{297[24]}.

Mutatis mutandi se podría señalar que en los procesos constitucionales los fines esenciales de los mismos, en tanto fines sustantivos y adjetivos, también son atribuibles al procedimiento cautelar, para que éste no termine por desnaturalizarlos; sino, por el contrario, haga eficaz la justicia constitucional.

39. Es por ello que el legislador al configurar libremente el procedimiento cautelar especial cuestionado, la ha ejercido limitadamente, respetando no sólo los derechos fundamentales, dentro de los que destacan el de libre acceso a la jurisdicción y la igualdad en la ley; sino también la supremacía constitucional expresada en la gobernabilidad del Estado en sus niveles descentralizados. Por ello, el legislador no puede limitar irrazonablemente la autonomía municipal o regional, creando un procedimiento cautelar único que desconozca la

^{297[24]} CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 45.

necesaria gobernabilidad que podría verse comprometida con medidas cautelares inmediatas e irrevisables.

Ello es así, porque cuando se intente la defensa constitucional de los derechos fundamentales a través de un amparo, los jueces constitucionales no pueden desconocer la autonomía, en el triple sentido (política, económica y administrativa) que ha sido reconocida para los gobiernos regionales y locales, en los artículos 188.º, 19.º y 194.º de la Constitución. En tal sentido, en el otorgamiento de medidas cautelares se debe tener presente la capacidad que tiene la municipalidad para el análisis de las libertades económicas demandadas (v. gr. de empresa), según el marco de las competencias que fluyen de la autonomía asignada.

De allí que este Colegiado reconoce plena validez a las actuaciones realizadas por los gobiernos regionales y municipalidades en el marco de sus atribuciones, por ser de su competencia, siempre que no violen los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos.

40. Finalmente, el Tribunal Constitucional estima que por idénticas razones a las expresadas en los párrafos precedentes son constitucionales los extremos del artículo 15.º del Código Procesal Constitucional, referidos a la intervención del Ministerio Público, a la posibilidad de solicitar informe oral, a la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada, en el caso del pedido de medida cautelar contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales, por no suponer una restricción ilegítima del derecho al libre acceso a la jurisdicción.

Asimismo, dada la íntima relación existente entre el concepto de razonabilidad – aquí empleado para verificar la constitucionalidad de la protección de bienes y derechos ciudadanos– y los conceptos de igualdad y no discriminación, este tema será abordado ampliamente cuando se examine si el procedimiento cautelar cuestionado vulnera el principio de igualdad.

C) El derecho al debido proceso y la tutela cautelar

§8. Contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso

41. Este derecho se encuentra contenido en el artículo 139.º inciso 3) de la Constitución, en cuanto establece que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.
42. Mediante ambos derechos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la

aclaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un *contenido complejo* (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139.º, el segundo párrafo del artículo 103.º u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio–derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3.º de la Constitución).

43. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros).
44. El contenido constitucional de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, establecidos en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución, no puede ser identificado correctamente si tales derechos no son interpretados sistemáticamente con disposiciones constitucionales, tanto subjetivas como objetivas.

En relación con los bienes subjetivos, cabe mencionar el principio-derecho de dignidad de la persona (artículo 1.º), el principio del Estado democrático y social de derecho (artículo 43.º), la protección jurisdiccional de los derechos (artículo 200.º), y la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias (Cuarta Disposición Final y Transitoria), entre otros.

En cuanto a los bienes objetivos, tenemos los deberes de todos los peruanos (artículo 38º), los deberes primordiales del Estado (artículo 44.º), el principio político de soberanía popular (artículo 45.º), el principio jurídico de supremacía constitucional (artículo 51.º), los principios constitucionales del proceso de descentralización (artículo 188.º), por señalar los principales.

45. Asimismo, la determinación de tal contenido debe tener en consideración, además, la doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa ha sido aceptada por el Estado peruano.

46. De otro lado, es necesario precisar que la delimitación del contenido de los referidos derechos no puede prescindir de las circunstancias de hecho que rodean cada caso concreto. En efecto, si bien es cierto que el análisis armónico y sistemático de las disposiciones constitucionales, así como la revisión de la jurisprudencia nos van a proporcionar un concepto del derecho fundamental del que se trate, este análisis se encontrará incompleto si es que se prescinde de los hechos que caracterizan cada caso y lo distinguen de otros, pues el contenido de todo derecho fundamental no es posible determinarlo en forma general o abstracta –de modo que pueda tener validez para todos los casos, al igual que sucede con las fórmulas matemáticas–, sino que deberá fijarse a la luz de cada caso, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que rodean el mismo.

47. Dentro de la características principales del derecho al debido proceso cabe destacar las siguientes:

- a) *Es un derecho de efectividad inmediata.* Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente”^{298[25]}.

- b) *Es un derecho de configuración legal.* En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien

^{298[25]} STC 1417-2005-AA, FJ 10.

algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derechos “en blanco”, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales^{299[26]}.

- c) *Es un derecho de contenido complejo.* No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. Al respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derechos y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales.

48. Luego de haber precisado los elementos que se deben tomar en consideración para determinar el contenido constitucional del derecho al debido proceso, podemos establecer, recogiendo jurisprudencia precedente, que este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

De allí que, conviene ahora analizar con mayor detalle el acceso a la tutela cautelar en los procesos constitucionales, toda vez que podría constituirse en uno de los componentes del aludido derecho, alegado como vulnerado por el demandante.

§9. La función constitucional de la tutela cautelar y los deberes que ella impone

49. Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta.

38. De lo cual se desprende que la función de las medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado

^{299[26]} STC 1417-2005-AA, FJ 12.

en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de *procesos que adolecen de dilaciones indebidas* o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la *duración ordinaria de los procesos*. Existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para eficacia del derecho.

Así, las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de amparo. Es por eso que el profesor CALAMANDREI las configura como instrumentos del instrumento^{300[27]}

39. En suma, afirmada la función constitucional de la medida cautelar, este Colegiado considera necesario acotar que, si bien no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la concesión de la medida cautelar pueda reputarse irrazonable, es necesario que los jueces que conozcan de ellas se ajusten a los plazos y a las actuaciones previstas en el artículo 15 del CPConst. Así, es deber del juez constitucional dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de los pedidos cautelares que conozca. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, en el marco de procesos de tutela de urgencia, se convertiría en un instrumento inoperante, resquebrajando la capacidad de respuesta de la jurisdicción constitucional frente a los actos violatorios de derechos fundamentales que provienen de las autoridades públicas, y mellando el propio principio-derecho de dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú.

43. Sin embargo, estos deberes impuestos al juez constitucional se corresponden con la valoración de la actividad procesal de los actores en procesos de tutela de amparo, hábeas data y cumplimiento. Es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé –como la medida cautelar–, y el uso abusivo de este derecho (artículo 103.º de la Constitución), signo inequívoco de mala fe y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional.

De allí que la práctica del derecho no debe estar orientada intencionalmente pedidos de medidas que, desde su origen y de manera manifiesta, están condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado trámite en la búsqueda de la verdad constitucional (de carácter material), que es inherente a todo proceso constitucional. Es pertinente tener presente que si bien toda parte actora goza del derecho fundamental al debido proceso y la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe

^{300[27]} MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional y proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005, p. 419.

el camino de la jurisdicción constitucional en la realización de los fines que le son propios.

En ese sentido, al pedirse una medida cautelar, no podrán alegarse hechos contrarios a la realidad, para fines claramente ilegales o con propósitos fraudulentos, porque ello resulta ser expresión de deslealtad constitucional, que termina por afectar el “programa” constitucional que ha de ser respetado y realizado no sólo por los funcionarios públicos de los gobiernos regionales y locales, sino también por los particulares (artículo 38.º de la Constitución).

§10. La tutela cautelar como contenido implícito del derecho al debido proceso

44. Son dos, entre otros, los órganos que desempeñan una labor de primer orden en cuanto al adecuado funcionamiento de tutela cautelar como mecanismo que busca garantizar el derecho al debido proceso.

De un lado, el legislador, por cuanto en su labor de configuración del procedimiento cautelar no puede crear cauces y requisitos que permitan afectar otros bienes constitucionales, sino, por el contrario, debe establecer mecanismos que posibiliten una efectiva actuación no sólo de la medida cautelar y, consecuentemente, una efectiva prestación del debido proceso, sino también de los derechos fundamentales que prevalecen sobre los procesales.

De otro, la labor de los jueces, ya sean ordinarios o constitucionales, toda vez que en el otorgamiento o mantenimiento de las medidas cautelares deben proceder con absoluta prudencia. Y de manera especial, el juez constitucional en los procesos de amparo, dada su trascendencia, debe concederlas compensando y equilibrando los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita una medida cautelar, así como aquellos que le pudieran corresponder a la parte demandada. Si bien mediante una medida cautelar se intenta proteger el resultado de un proceso que se ha iniciado para dilucidar si un demandante goza o no de un determinado derecho, esta medida no puede ser otorgada sacrificando la protección de los derechos y bienes constitucionales, tales como los tutelados por los gobiernos locales y regionales –v.gr. protección de niños y adolescentes, salud pública, protección del medio ambiente, seguridad pública, educación, vivienda, saneamiento, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, cultura, recreación y deporte–.

45. Los derechos de la parte demandada deben ser tomados en consideración. Si bien se puede afirmar con ZAGREBELSKY que hoy en día existe una tendencia generalizada a habilitar “una «justicia provisional» inmediata y rápida, dejando la «justicia definitiva» remitida, ya sin grave daño, y sólo en los casos en que pueda existir un litigio serio y no abusivo, a los largos y dilatados procesos”^{301[28]}, tal tendencia no puede implicar el sacrificio de la

^{301[28]} Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas, Madrid, 1992, p. 272.

governabilidad regional y local que ha establecido reglas y disposiciones en aras del cuidado del bienestar, seguridad y salud ciudadana, que podría ponerse de lado si no existiera una medida cautelar diferente. Máxime si la Constitución permite que se expidan leyes especiales por la naturaleza de las cosas, mas no por la diferenciación de las personas (artículo 103 de la Constitución).

46. Asimismo, es necesario precisar que el reconocimiento del derecho a la tutela cautelar no implica el derecho a que, en todos los casos en que se solicite una medida cautelar, ésta tenga que ser aceptada o concedida. Es la respectiva autoridad judicial la encargada de valorar, en función al caso concreto, si corresponde dictar una medida cautelar o, en su caso, mantenerla o revocarla, por lo que todo juez está facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso.
47. Así también es evidente que, por su propia naturaleza, la medida cautelar debe constituir una *tutela de urgencia*, por lo que para ser concedida no se debe superar el límite de la irreversibilidad, es decir, que en modo alguno la medida cautelar debe ocasionar consecuencias que después no puedan ser revertidas.
48. Finalmente, es preciso reconocer que si bien la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, caben determinadas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el proceso de inconstitucionalidad. En este caso, se presentan diferentes razones que justifican tal ausencia.

En primer término, la consideración de las leyes como expresión de la voluntad popular otorga a éstas una legitimación democrática directa que no poseen el resto de disposiciones^{302[29]}.

En segundo lugar, la existencia de razones de orden práctico, según las cuales “la eficacia *erga omnes* que la suspensión tendría como lógica consecuencia del control concentrado de inconstitucionalidad comprometería en gran medida la certeza de las relaciones jurídicas, al afectar con carácter general tanto a los procesos en curso como a las relaciones jurídicas pendientes”^{303[30]}.

§11. Presupuestos de la medida cautelar

49. Habiendo establecido que la función constitucional de la medida cautelar está determinada para servir en la realización de los fines de los procesos constitucionales (artículo II CPConst.), de ahí su carácter eminentemente

^{302[29]} VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Colex, 1993, p. 106.

^{303[30]} SICA, M. *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1991. En: VECINA CIFUENTES, Javier...*Op.cit.*, p. 107.

instrumental e interdependiente de estos, corresponde ahora verificar cuáles son los presupuestos que caracterizan a toda medida cautelar; es decir, aquellos elementos fundamentales de los cuales depende la posibilidad misma de que se decrete alguna medida.

50. Desde la Teoría general del proceso se establece que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar están determinados para garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el Derecho (*fumus boni iuris*), mediante una medida idónea (*adecuación*), para evitar el peligro que puede significar la demora en la tramitación o vaciar de contenido final el respectivo proceso (*periculum in mora*).
51. Sin embargo, el desarrollo civilista realizado de la tutela cautelar debe ser leído desde la Constitución, de lo contrario estaríamos ante una medida cautelar vacía de contenido constitucional sustantivo, propia de un modelo de Estado de Derecho formalista y ritualista, donde el legislador regulaba los procesos de forma abstracta, avalorativa y neutral frente a la Constitución. Sin embargo, en el Estado Democrático y Social de Derecho, la Constitución, y no la ley, es la fuente del derecho; pero no cualquier noción de Constitución –normativa, avalorativa y formal–, sino una Constitución que adquiere fuerza normativa en el cumplimiento de los fines y deberes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, sobre la base del respeto de la persona humana.

En consecuencia, la medida cautelar es un instituto procesal, pero al igual que existen procedimientos especiales, también resulta legítimo que se diferencie por la naturaleza de los bienes a cautelar.

52. De allí que podamos establecer que en cuanto a los *presupuestos* que debe contener toda medida cautelar dictada en un proceso constitucional, destacan, *prima facie*:

- a) El *fumus boni iuris*. Según este presupuesto, si la medida cautelar tiende a asegurar la efectiva tutela de una pretensión principal, es razonable que la adopción de esta medida tenga como presupuesto “la apariencia de buen derecho constitucional”, que no responde a que la pretensión sea probablemente estimada (juicio subjetivo), sino a que la misma pueda serlo (juicio objetivo). De allí que lo que se exige del juzgador en este caso es un juicio simple de verosimilitud, es decir, que mediante los documentos acompañados por el solicitante de la medida cautelar se genere en el juez la apariencia razonable de que si se pronunciase la sentencia se declararía fundada la demanda. No se le exige al juez un juicio de certeza, pues éste es exigible al momento de sentenciar.

Lo que constituye un análisis distinto a la probanza de la existencia del derecho alegado por el actor, dado que la titularidad de los derechos fundamentales recae en toda persona humana, de conformidad con lo establecido en el Capítulo I, Título I, de la Constitución. De lo cual se deriva una importante consecuencia procesal; que “La apariencia de buen derecho es algo que, en principio, podría deducirse del hecho mismo de haber sido admitida a trámite la demanda, pues al tiempo de dictar la resolución en que así se acuerda siempre se realiza un análisis de su contenido constitucional y, por ende, de su potencial viabilidad. Pero junto a esa inicial apariencia de buen derecho, lo esencial es la justificación del peligro que representa el perjuicio que, de no acordarse la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada en amparo, se ocasionaría al demandante”^{304[31]}.

- b) El *periculum in mora*. Este presupuesto se encuentra referido al daño constitucional que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso^{305[32]}.

Al respecto, CALAMANDREI ha sostenido la existencia de dos tipos de *periculum in mora*: peligro de infructuosidad y peligro de tardanza de la providencia principal:

Algunas de las providencias cautelares (...) no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza (...) o la ejecución forzada (...) del derecho, se produzcan, *cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta*, en condiciones prácticamente más favorables (...). En cambio en otros casos (...) la providencia interina trata de *acelerar* en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene el juicio de mérito. Aquí, por tanto, la providencia provisoria *cae directamente sobre la relación sustancial controvertida* (...).^{306[33]}

Si bien la carga de la prueba, recae en el demandante, es necesario matizar esta afirmación a nivel de los procesos constitucionales, pues “de lo que se trata es de que se acredite, al menos, un principio razonable de prueba al

^{304[31]} MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional... Op. cit.*, p. 423.

^{305[32]} VECINA CIFUENTES, Javier. *Las medidas cautelares... Op. cit.*, p. 179.

^{306[33]} CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 71 y ss.

respecto. El perjuicio que se alegue como derivado del peligro que justifique la adopción de la medida, ha de ser real y efectivo, nunca hipotético, y, además, de gravedad tal que sus consecuencias sean irreparables”^{307[34]}.

Y en este punto cabe destacar los límites al perjuicio del demandante de amparo, reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia comparada:

Primero. Que de la suspensión se siga una perturbación grave de los intereses generales y de los bienes constitucionales de carácter objetivo, como lo constituye la gobernabilidad y el afianzamiento de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Segundo. Que produzca una perturbación grave de los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros.

- c) *Adecuación.* Este presupuesto exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue.

53 Teniendo en cuenta, como ya se ha mencionado, que no sólo la efectividad, sino también garantizar los bienes constitucionales son exigibles en todos los contenidos del debido proceso, incluida la tutela cautelar, toca ahora analizar la constitucionalidad de los extremos cuestionados.

§12. Análisis de constitucionalidad del procedimiento cautelar cuestionado

54. Como se recuerda, los extremos cuestionados del procedimiento cautelar contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales son los siguientes: a) la intervención del Ministerio Público; b) la posibilidad de solicitar informe oral; c) la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo; d) que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema; y e) el otorgamiento de audiencia a la parte demandada.

55. Previamente, cabe mencionar que en el presente caso no se discute la existencia de medidas cautelares en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento, pues queda claro que ya existen; sino, antes bien, si los mencionados extremos del procedimiento cautelar creado por el legislador imposibilitan la realización de bienes constitucionales, a través de la medida cautelar en contra de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, y si, consecuentemente, vulneran tanto el derecho al debido proceso como la supremacía constitucional.

^{307[34]} MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José. *Amparo constitucional... Op. cit.*, p. 426.

56. La demandante refiere que los mencionados extremos del procedimiento cautelar creado contra actos administrativos de los gobiernos locales y regionales desnaturalizan la esencia de las medidas cautelares. A juicio de la accionante, un procedimiento cautelar que se inicia ante la Sala Civil de la Corte Superior –cuando la demanda se presenta ante el Juez de Primera Instancia– y que es resuelto en segundo grado por la Corte Suprema –cuando el principal jamás lo conocerá–, que puede ser apelado con efecto suspensivo –es decir, así se conceda la medida no se ejecutará de inmediato–, no asegura la eficacia de la tutela de urgencia impartida en el proceso principal. A ello, agrega que la fijación inexplicable de plazos de actuación (contradictorio previo, intervención del Ministerio Público e Informe oral) es absolutamente contrarias a la urgencia de la ejecución de la medida.

57. Por su parte, el apoderado del Congreso de la República ha argumentado que en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales el legislador ha regulado un procedimiento cautelar especial con el fin de proteger la autonomía municipal y regional, respecto de los abusos cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional al otorgarse indiscriminadamente medidas cautelares.

Asimismo, adujo que, si la medida cautelar solo busca la eficacia, entonces, una vez concedida, aun cuando su trámite pueda ser más agravado, no tiene por qué ser inconstitucional. Y si el amparo termina primero, mejor aún, ya que será más eficaz que el proceso cautelar; y la sentencia, si le es favorable al demandante, se tendrá que ejecutar en sus propios términos.

58. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional no comparte necesariamente los argumentos expresados por la demandante. En efecto, el legislador tiene la potestad de regular el procedimiento cautelar en procesos como el amparo, en tanto no desnaturalicen la esencia de la medida cautelar, alterando y desvirtuando las propiedades que caracterizan a este tipo de tutela. Pero sin desconocer los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por el ejercicio de una administración de justicia indiferente ante la protección de los bienes constitucionales, que encuentran su sustrato en la realidad constitucional misma, lo que trae como principal consecuencia una afectación a las competencias legítimas de los gobiernos locales y regionales.

En consecuencia, los referidos extremos del artículo 15.^o no son inconstitucionales, sino que son una razonable modulación, en tanto no supone dificultar la efectividad del proceso constitucional, sino proteger con prudencia bienes o derechos constitucionales.

59. Así, la efectividad que pueda tener la tutela cautelar se materializa a través de un procedimiento que se utiliza para modular –no para eliminar– la protección razonada de bienes constitucionales incluso superiores a la tutela procesal. De este modo, el referido procedimiento cautelar especial supone un límite

razonable a la tutela cautelar. Y es que el Tribunal Constitucional, atendiendo a su función pacificadora, que está orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad respecto de los hechos que, directa o indirectamente, sean sometidos a su conocimiento o que puedan tener lugar como consecuencia de la expedición de sus sentencias, pretende, mediante el presente pronunciamiento, resolver las situaciones de tensión –no de colisión– entre la protección del interés general, que representan los gobiernos locales y regionales, y los intereses privados, para alcanzar su más óptima realización en el marco de los principios de la Constitución.

De allí que no existe argumento válido que demuestre cómo el procedimiento cautelar especial creado por el legislador para el caso de los actos administrativos de los gobiernos municipales y regionales podría vulnerar, *per se*, una efectiva tutela cautelar acorde con los principios constitucionales de la descentralización. Con la regulación cuestionada, la tutela cautelar sólo podría hacerse efectiva si no afecta la garantía de la seguridad jurídica, ni desconoce el dato de la realidad derivado de la experiencia judicial negativa de utilización masiva y no ética de las medidas cautelares, que lograron dejar sin efectos actos administrativos legítimos dictados por gobiernos municipales en ejercicio de sus funciones de fiscalización, control y sanción –v.gr. funcionamiento de discotecas y bares clandestinos para menores de edad–.

60. Examinemos con más detalle los extremos cuestionados. La intervención del Ministerio Público en el procedimiento cautelar tiene justificación, sobre todo si se toma en consideración que el Ministerio Público es el defensor de la legalidad. Si bien, respecto de la pretensión principal del proceso constitucional, el propio legislador no ha considerado indispensable la participación del Ministerio Público en procesos de defensa principalmente de intereses particulares, en cambio sí lo ha previsto para los gobiernos municipales y regionales.

En consecuencia, este Colegiado afirma la legitimidad del Ministerio Público de participar en el caso del procedimiento cautelar contra actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

61. En cuanto a los extremos del procedimiento cautelar especial contenido en el artículo 15.º del CPConst., referidos a la posibilidad de solicitar informe oral, la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada; cabe precisar que dichos extremos representan características de un procedimiento que busca asegurar el interés público, y que ha sido configurado por el legislador, no siendo por ello inconstitucionales.

Por ello, las características del procedimiento cautelar general, previstas en los procesos sobre controversias privadas, no pueden trasladarse, sin más, cuando se está ante el cuestionamiento del interés público. En el caso de los

actos administrativos de los gobiernos locales y regionales, las disposiciones cuestionadas tienen por finalidad, conforme se desprende del respectivo debate de aprobación del Código Procesal Constitucional realizado en el pleno del Congreso de la República, evitar que se interpongan medidas cautelares que dificulten la actuación de los gobiernos locales y regionales. Se concluye que no existe fundamento válido que justifique cómo tales disposiciones cuestionadas puedan resultar violatorias de los fines de la tutela cautelar, siendo evidente, por el contrario, que su establecimiento representa la existencia de mecanismos que garantizan una tutela cautelar razonable, en cuanto buscan persuadir a los justiciables de la presentación excepcional de los respectivos pedidos de medida cautelar, en el caso del cuestionamiento a los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

En seguida, corresponde examinar si las disposiciones cuestionadas vulneran el principio de igualdad, para lo cual previamente se hace necesario desarrollar algunas cuestiones teóricas respecto del mencionado principio.

D) El principio de igualdad como límite de la actividad del legislador en la regulación del proceso

§13. El principio-derecho de igualdad y su vinculación al legislador

62. El punto de partida del análisis de la igualdad es la clásica fórmula de Aristóteles, quien sostiene que “Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad para ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”^{308[35]}.

Como tal, hoy en día la igualdad expresa una concepción propia del Estado Democrático y Social de Derecho. En efecto, en su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia como en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja puedan quedarse ‘aislados y sin voz’. Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades^{309[36]}.

De allí que este Tribunal postule una igualdad ante los principios, que integra una moralidad social de tipo democrático y una igualdad social en libertad, lo que constituye la forma superadora de la visión de la igualdad formal ante la ley propia del Estado liberal. Por ello, los fines esenciales del Estado Democrático y Social de Derecho son conformes a la realización de la igualdad material en la protección de los menos favorecidos.

^{308[35]} ARISTÓTELES. *Política*, III 9 1280 a. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés. Madrid: Editorial Gredos, 1999, p. 174.

^{309[36]} BILBAO UBILLOS, Juan María y otro. *El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española*. En: “El principio constitucional de igualdad”. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003, p. 106.

63. En suma, el derecho a la igualdad como el conjunto de derechos consagrados en nuestra Constitución encuentra su fundamento, primero y último, en la dignidad de la persona humana. Así, cuando el artículo 1 de la Constitución establece que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, está reconociendo una igualdad esencial de todas las personas. Dicho mandato constitucional exige que tanto la sociedad como el Estado deban tener como principal objetivo la vigencia de la dignidad humana, no en un sentido individual o formal, sino social y sustantivo.

64. Asimismo, este Colegiado ha sostenido en reiteradas oportunidades que la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona.

Como *principio fundamental* se encuentra reconocida en los artículos 103.º y 2.2. de la Constitución, e implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático.

Como *derecho fundamental*, se encuentra reconocida en el artículo 2.º inciso 2), de nuestra Norma Fundamental, que comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias^{310[37]}.

65. Como tal, el principio-derecho de igualdad se constituye en un presupuesto indispensable para el ejercicio de los derechos fundamentales. No posee una naturaleza autónoma sino relacional, es decir, que funciona en la medida en que se encuentre relacionada con el resto de derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Dicho carácter relacional sólo opera vinculativamente para asegurar el goce, real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan.

En efecto, el examen sobre la vulneración del principio–derecho de igualdad siempre va a estar relacionado con el examen sobre la vulneración de otros derechos. Con mucha frecuencia, y tal como ha tenido oportunidad de constatar este Colegiado, han sido frecuentes los casos en los que se vulneraba el derecho a la igualdad y, a su vez, derechos como a la libertad de empresa o al trabajo, entre otros. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que en función a su carácter relacional, precisamente, opera para

^{310[37]} STC 0018-2003-AI.

asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan^{311[38]}.

66. De allí que podemos advertir que la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Sin embargo, en el procedimiento cautelar especial cuestionado en el presente proceso de inconstitucionalidad, debemos partir por la afirmación de la diferencia sustancial con implicancias procesales, de la defensa de intereses subjetivos con la salvaguarda de los intereses colectivos que otorgan sustento a las competencias ejercidas por los gobiernos locales y regionales.

Así que de una primera aproximación es posible concluir que el tratamiento procesal dispensado para la concesión de las medidas cautelares tiene un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.

§14. La igualdad “ante la ley” y sus dos manifestaciones: igualdad “en la ley” e igualdad “en la aplicación de la ley”

67. El principio-derecho de igualdad, a su vez, advierte dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite al legislador, en tanto la actividad legiferante deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

68. De otro lado, se encuentra la igualdad “en la aplicación de la ley”. Si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos, al momento de aplicar la ley, no deban realizar tratos diferentes entre casos que son sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

§15. La vinculación entre el juicio de igualdad “en la ley” y el principio de proporcionalidad

^{311[38]} STC 0261-2003-AA, FJ 3.1.

69. A juicio de la demandante, el procedimiento cautelar cuestionado constituye un verdadero “privilegio” para determinadas autoridades sin que exista una justificación objetiva y razonable, configurándose una discriminación por razón del sujeto. De esta forma argumentan la afectación de la dimensión de la igualdad “en la ley”.
70. Al respecto, el escrito de contestación de demanda, presentado por el apoderado del Congreso de la República, establece que la existencia de situaciones de hecho diferentes admiten también un trato diferente. Así, argumentan que en el caso que es materia de la presente acción de inconstitucionalidad, resulta claro que la norma parte del hecho práctico de que tanto los gobiernos locales como los regionales son los más afectados en sus atribuciones y competencias constitucionales por el abuso del amparo y las medidas cautelares, que en los últimos tiempos sólo han servido para enervar el principio de autoridad, no obstante que deberían recibir del ordenamiento las garantías suficientes para el efectivo cumplimiento de su gestión.
71. Corresponde establecer a este Colegiado que, ya en el plano de la igualdad en la ley, cabe aplicar el respectivo *test de igualdad* sobre la actuación del legislador que requiere de la verificación de su legitimidad. Toda vez que si bien el legislador puede, en base a sus atribuciones constitucionales, establecer un trato diferente ante situaciones que sean diferentes, debe también tomar en consideración si la medida dictada resulta razonable y proporcional con el fin que se pretende obtener.

Seguidamente se analizarán los diferentes pasos o niveles que comprenden el *test de igualdad*. Antes bien, cabe destacar que las tres etapas que se consignan tienen carácter preclusivo, es decir, que de no superarse una de ellas, en el orden en que se plantean, no se requiere el análisis del siguiente paso, resultando, por tanto, inválida la medida examinada por vulnerar el principio-derecho de igualdad. Asimismo, es importante mencionar que la construcción del test de igualdad implica, *prima facie*, que puede ser aplicable a todos los casos en que se evalúe si se ha vulnerado o no el principio-derecho de igualdad, el mismo que fue desarrollado en extenso en la sentencia recaída en el Exp. 0045-2004-AI, CASO PROFA.

§16. *Test de igualdad*: examen de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas

72. El Tribunal Constitucional con el objeto de verificar si en el presente caso las disposiciones cuestionadas vulneran el principio-derecho de igualdad, debe someterlas al aludido *test de igualdad*.
73. *Primer paso*: Verificación de la diferenciación legislativa
Cabe mencionar que la situación jurídica a evaluar se encuentra constituida por las disposiciones legislativas cuestionadas que regulan el denominado

procedimiento cautelar especial: a) la intervención del Ministerio Público; b) la posibilidad de solicitar informe oral; c) la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo; d) que la medida cautelar es tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y e) el otorgamiento de audiencia a la parte demandada; y también se encuentra compuesta por los supuestos de hecho a los que se va a aplicar, en este caso, a los justiciables que soliciten una medida cautelar en el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

La situación jurídica que funcionará en este caso como término de comparación se encuentra constituida por las disposiciones legislativas que regulan el denominado procedimiento general: a) no intervención del Ministerio Público; b) no prevé la posibilidad de solicitar informe oral; c) la concesión del recurso de apelación sin efecto suspensivo; d) que, conforme al artículos 51 y 58 del CPConst., la medida cautelar en el proceso de amparo es tramitada ante el Juez Civil y en apelación ante una Sala Superior, y e) el no otorgamiento de audiencia a la parte demandada; y también se encuentra compuesta por los supuestos de hecho a los que se va a aplicar, en este caso, a los justiciables que soliciten una medida cautelar en todos los casos distintos a aquellos relacionados con los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

Por tanto, efectuado el respectivo examen, este Colegiado estima que las medidas legislativas cuestionadas superan este primer nivel toda vez que otorgan un tratamiento diferenciado a dos situaciones de hecho que, a su vez, resultan diferentes. El procedimiento cautelar general es aplicable a aquellos justiciables que pretendan una medida cautelar en casos que no se dirijan contra actos administrativos de gobiernos locales y regionales; y el procedimiento cautelar especial es aplicable a aquellos justiciables que pretendan una medida cautelar en el caso de actos administrativos de gobiernos locales regionales.

74. *Segundo paso:* Verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación.

Cabe mencionar previamente lo expresado en el respectivo debate de aprobación del Código Procesal Constitucional realizado en el pleno del Congreso de la República, en el cual la posición que finalmente predominó sostuvo lo siguiente: “Lo que ocurre es que muchas veces hay un gran número de acciones de garantía que se presentan contra instancias municipales o regionales porque, por ejemplo, se negó la licencia a un establecimiento; porque, por ejemplo, un establecimiento no cumplió o se ha limitado el permiso de circulación de una (...) línea de transporte; y no es posible que un magistrado pueda dictar una medida cautelar que va a suspender los efectos de una resolución dada por un órgano competente y en base a sus facultades, sin siquiera conocer la opinión de ese organismo, porque justamente ese mecanismo es el mecanismo que ha servido para que en nuestro país, justamente, se debilite cada día más la autoridad municipal y regional, y no se

le escuche siquiera para decir, bueno, dictamos estas medidas por estas razones”.

Por tanto, las disposiciones cuestionadas del denominado procedimiento cautelar especial para el caso de los actos administrativos de los gobiernos locales y regionales tienen como finalidad la protección de garantías institucionales establecidas en la Constitución, como son la autonomía local y regional (artículos 191.º y 194.º), las que se podrán ver afectadas por el dictado de determinadas medidas cautelares arbitrarias.

75. *Tercer paso:* Verificación de la proporcionalidad y razonabilidad de la diferenciación

a) *Subprincipio de idoneidad:* Supone que la medida legislativa diferenciadora (compuesta por exigencias tales como la intervención del Ministerio Público, la posibilidad de solicitar informe oral, la concesión del recurso de apelación con efecto suspensivo, que la medida cautelar sea tramitada ante la Sala Civil de la Corte Superior y en apelación ante la Corte Suprema, y el otorgamiento de audiencia a la parte demandada) resulta adecuada para conseguir un fin constitucional, como es proteger la autonomía local y regional que se podría ver afectada por el dictado de determinadas medidas cautelares.

b) *Subprincipio de necesidad:* Cabe mencionar que en el presente caso, tratándose de disposiciones legales que limitan el ejercicio de derechos fundamentales, tales como el de libre acceso a la jurisdicción y a la tutela cautelar, se requiere de un juicio de igualdad estricto, según el cual, como se ha expuesto, se exige que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que las medidas legislativas cuestionadas, que limitan la tutela cautelar y al debido proceso, resultan necesarias relativamente para la consecución del fin que se pretende; por cuanto resultan insuficientes otras medidas por no ser igualmente idóneas, aunque menos restrictivas de los aludidos derechos fundamentales. Así, se hace necesaria la medida legislativa, sin perjuicio de la capacitación adecuada que realice la Academia de la Magistratura a los jueces que conozcan estas medidas cautelares; de modo tal que se pueda lograr un correcto ejercicio de ponderación entre los intereses en conflicto o también optimizando el sistema de responsabilidades disciplinarias, civiles y penales de aquellos jueces que puedan dictar medidas cautelares que no reúnan los presupuestos necesarios para su dictado, entre otras.

Por tanto, las medidas legislativas cuestionadas son conformes al principio de proporcionalidad y, consecuentemente al principio de razonabilidad.

c) *Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. La proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación* (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el *grado de realización u optimización del fin constitucional* y la *intensidad de la intervención en la igualdad*. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada *ley de ponderación*: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, a través de la diferenciación procedimental de la concesión de la medida cautelar, mientras que el bien constitucional, a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado, es la protección de las competencias de los gobiernos locales y regionales.

Este Colegiado sostiene la relación directamente proporcional entre la afectación y la realización de los bienes constitucionales en colisión; entonces, la intervención ha superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional. En efecto, las disposiciones cuestionadas no violan el derecho a la igualdad en la ley de aquellos justiciables que pretendan solicitar una medida cautelar en el caso de los actos administrativos de gobiernos locales y regionales. Pues, en comparación con los justiciables que soliciten una medida cautelar en casos distintos a los antes mencionados, sus derechos fundamentales al libre acceso a la jurisdicción, a la tutela cautelar y al debido proceso no se ven afectados desproporcionada e irrazonablemente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos; en consecuencia, constitucionales el tercer y cuarto párrafo del artículo 15 de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, en cuanto crean un procedimiento cautelar especial para el caso de las solicitudes dirigidas contra actos administrativos de los gobiernos locales y regionales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

EXP. N.º 00023-2005-PI/TC

LIMA

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

La medida cautelar tiene por objeto que se asegure el resultado de un proceso. Sería absurdo, incluso irracional, que se inicie un petitorio si no existiese la posibilidad de asegurar el resultado. Desde los orígenes del derecho procesal se permite al interesado, en determinadas circunstancias, solicitar del juez la adopción de medidas destinadas a la ejecución del fallo. En el proceso civil, es el demandante el interesado en obtener la medida cautelar; pero, si hay reconvencción o contrademanda, la puede solicitar, también, el demandado.

Bajo la denominación de “embargo preventivo”, la medida cautelar ha evolucionado conforme evolucionó el derecho procesal. En 1852, el Perú dictó su primer Código Civil. Tal hecho hizo indispensable que, también en ese año, se dictara el Código de Enjuiciamientos en materia civil. La vigencia de uno y otro, sin embargo, no fue pareja. Mientras el Código sustantivo rigió hasta 1936, el de Enjuiciamientos tuvo menos fortuna: fue derogado por disposición del artículo 346º del Código de Procedimientos Civiles, en 1912.

En efecto, la prolífica Ley N° 1510, de 15 de diciembre de 1911, dispuso:

Artículo 1º.- Apruébase los proyectos de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley de Notariado, formulados por el comité de reforma procesal y sometidos para sanción a la legislatura de 1909 por el Poder Ejecutivo.

Artículo 2º.- Apruébase, igualmente, el proyecto de Código de Procedimientos Civiles, formulado por el mismo Comité y sometido también por el Poder Ejecutivo a la sanción legislativa, con las supresiones, adición y modificación siguientes:

- a) Suprímese el artículo 378 que se refiere al apremio de detención corporal contra el confesante,
- b) Suprímese también el artículo 611, que trata de la acción ejecutiva para cobrar arrendamientos con el alza hecha por el locador.
- c) Modifícase el artículo 587 en esta forma: Si la demanda reúne los requisitos legales, se observarán los trámites establecidos para los juicios de menor cuantía, considerando como demandados al comprador y al vendedor. Se prohíbe reabrir la controversia en la vía ordinaria.
- d) Inclúyase entre las pensiones de alimentos y la renta vitalicia de que trata el inciso 14º del artículo 63º, las pensiones de montepío.

Artículo 3º.- El nuevo Código de Procedimientos Civiles, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Notariado principiarán a regir el 28 de julio de 1912.

Por virtud de sólo una norma –La Ley N° 1510- se activó (1) la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reemplazó al Reglamento de Tribunales, promulgado por el Presidente Echenique, por Ley de 23 de noviembre de 1953; (2) la Ley de Notariado, y (3) el Código de Enjuiciamientos en materia civil.

A su vez, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 coexistió, temporalmente, con la Ley N° 23506, de 7 de diciembre de 1982, llamada Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

El C. de P. C. reguló el embargo preventivo en sus artículos 223 a 246 y la ejecución de sentencias (incluyendo el embargo definitivo) en sus artículos 1145 a 1154.

En cuanto a la procedencia del embargo preventivo, el artículo 228 indicó que

El embargo preventivo procede, ya se trate de asegurar el pago de una deuda o el cumplimiento de cualquiera otra obligación apreciable en dinero, debiendo el acreedor fijar la cantidad en que estima la obligación y los bienes en que ha de recaer el embargo.

El embargo preventivo podía decretarse dentro o fuera de juicio.

Inmediatamente después de trabado el embargo preventivo –no antes- se notificaba al deudor; y éste podía formular oposición a la medida, formándose, en tal caso, cuaderno separado del incidente.

La Ley de Hábeas Corpus y Amparo (N° 23506) se refirió a la medida cautelar en su artículo 31° y dispuso que

A solicitud de parte y en cualquier momento, el Juez podrá disponer la suspensión del acto que dio lugar al reclamo, cuando por los fundamentos expuestos por el actor los considere procedentes.

El uso abusivo de esa disposición motivó que por la Ley N° 25011, de 9 de febrero de 1989, fuera modificada en el sentido de que

A solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, podrá disponerse la suspensión del acto que dio origen al reclamo.

De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, sin intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez o la Corte Superior resolverá, dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el Juez, o, en su caso la Corte, será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

El Decreto Ley N° 25433 (artículo 2°), de 11 de abril de 1992, modificó nuevamente el mismo artículo 31°, a efecto de que

A solicitud de parte, en cualquier etapa del proceso y siempre que sea inminente la amenaza de agravio o violación de un derecho constitucional, por cuenta, costo y riesgo del solicitante, podrá disponerse la suspensión del acto que dio origen al reclamo.

De la solicitud se corre traslado por el término de un día, tramitando el pedido como incidente en cuerda separada, con intervención del Ministerio Público. Con la contestación expresa o ficta, el Juez o la Corte Superior resolverá, dentro del plazo de dos días, bajo responsabilidad. La resolución que dicta el Juez, o, en su caso la Corte, será recurrible en doble efecto ante la instancia superior, la que resolverá en el plazo de tres días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

Se condicionó, pues, la medida cautelar a que existiera amenaza inminente de agravio o violación de un derecho constitucional, para la procedencia de dicha medida; y se dio intervención al Ministerio Público para que emita dictamen previo a la resolución.

A pesar de que los procesos de garantía deben tener trámites más sencillos y rápidos que los semejantes del proceso civil, por mandato de la Ley N° 25011 y del Decreto Ley N° 25433 ocurría, precisamente, la inversa.

En efecto, mientras que en el proceso civil el embargo preventivo se ejecutaba sin citación del deudor; en el proceso constitucional debía citarse, previamente, al demandado; y sólo después de cumplido ese trámite, con contestación o sin ella, el Juez o la Corte Superior resolvían, previo dictamen fiscal. Finalmente, la resolución era recurrible.

Desde que entró en vigencia la Ley N° 23506, en el trámite de los procesos de amparo se advirtió que los jueces dictaban las medidas cautelares con liberalidad, generalmente cuando se trataba de locales cuyo funcionamiento había sido suspendido o clausurado por disposición de por las autoridades municipales. De hecho las atribuciones de los Alcaldes y Regidores, elegidos por el pueblo, fueron asumidas por los Jueces, titulares o provisionales. Y con el objeto de impedir semejante corruptela se adoptaron los procedimientos antes aludidos.

El Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1º de diciembre de 2004, es una obra colectiva debida a la iniciativa y al esfuerzo de distinguidos juristas, con diversas especialidades. Según la Exposición de Motivos, en la preparación del anteproyecto de dicho Código participaron Juan Monroy Gálvez, Domingo García Belaúnde, Francisco Eguiguren Praeli, Arsenio Oré Guardia, Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós, entre 1995 y 1997. Una versión, casi final, fue publicada en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal el año 2002.

El texto último del anteproyecto fue entregado a un grupo de congresistas, que le dieron el trámite de iniciativa legislativa y se convirtió, finalmente, en la Ley N° 28237, de 31 de mayo de 2004.

En el diario *El Peruano*, pag. 19, de 22 de julio de 2004, hice el siguiente comentario en relación a ese hecho trascendente:

El Congreso de la República aprobó el Código Procesal Constitucional (CPC) con votación abrumadora, que superó la cifra mínima requerida para una ley orgánica, que tal es el rango del nuevo instrumento legal, según el artículo 200 de la Constitución.

Sustituirá, por lo tanto, a las leyes de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de acción popular; así como a todas las otras normas legales que las modifican o amplían sus alcances. Deroga, también, 43 artículos y dos disposiciones finales de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 162 artículos de 11 leyes. Queda pendiente el debate y aprobación de la nueva ley orgánica, cuyo proyecto fue enviado hace algunos meses al Congreso de la República por el Pleno del Tribunal.

Así, se resalta que el CPC es un instrumento fundamental para el trámite de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento y acción popular, al igual que para las demandas de inconstitucionalidad de las leyes y demás normas con rango de ley, y para los conflictos de competencia.

El artículo II del Título Preliminar prevé que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Las acciones de garantía, salvo el hábeas corpus, serán residuales. El artículo 5º del Título Primero precisa que son improcedentes los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado y cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o violado, salvo cuando se trate del hábeas corpus. Estas normas reducirán sustancialmente el número de procesos que llegan al Tribunal; pero exigirá a los jueces que, en la vía ordinaria, atiendan a los justiciables.

El CPC permite al juez dictar medidas cautelares en los procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento y a la sala civil las medidas cautelares que tengan por objeto dejar sin efecto actos administrativos dictados por las municipalidades o los gobiernos regionales.

La prescripción para las demandas de acción popular y de inconstitucionalidad es de cinco y seis años, respectivamente. No hay lógica para señalar plazos distintos. Además, el código permite la medida cautelar de suspensión de la disposición, resolución o acto en los conflictos de competencia.

Los plazos para la expedición de sentencia por el TC son de 20 días en los procesos de garantía y de 30 en los de inconstitucionalidad y de conflicto de competencia. En este último se puede ampliar a 60 días cuando se dispone actuar medios probatorios.

Las sentencias de organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, y otros que se constituyan en el futuro no requieren de ningún trámite previo para su ejecución en el Perú.

El código dispone, igualmente, que el Tribunal editará periódicamente una gaceta constitucional, en que se informe sobre sus actividades, sin perjuicio de que el Ministerio de Justicia publique la jurisprudencia y la legislación constitucional.

Debemos felicitarnos todos los peruanos por la promulgación del CPC. Sin duda, se ha dado un paso trascendental para preservar el Estado social y democrático de derecho.

Con la Ley N° 28301, vigente también desde el 1º de diciembre de 2004, se reemplazó la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Debo resaltar -reiterando lo que expresé en el artículo periodístico aludido- la importancia que como principio-valor tiene el artículo II del Título Preliminar, según el que

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Ese precepto resume la razón de ser de los Tribunales Constitucionales, de las Cortes, de los Consejos y de las Salas Constitucionales (cualquiera sea su denominación), en el Perú y en el mundo. No hay, no puede haber, ninguna norma infraconstitucional contraria a la Constitución.

Sin embargo, algunas personas –lamentablemente abogados- contrariados por sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional del Perú, o por otros motivos, que han variado su criterio de respeto a los principios constitucionales de separación de poderes; y, como consecuencia, involucionan peligrosamente, desplazándose hacia niveles autoritarios. Dentro de tal lógica, incompatible con la democracia, pretenden mutilar atribuciones esenciales del máximo intérprete de la Constitución.

Los juristas mutantes intentan crear zonas liberadas del control de constitucionalidad, en las cuales, consecuentemente, se ejerza el absolutismo despótico de las monarquías medievales.

En la demanda de inconstitucionalidad de una ley u otra norma con ese rango, se cuestiona las decisiones adoptadas por autoridades emanadas del voto popular. El Tribunal Constitucional puede desestimar la demanda (declarándola infundada) o puede estimar la demanda (declarándola fundada). Como se presume que las leyes se dictan conforme a la Constitución, es atribución del TC expedir sentencias interpretativas a efecto de que las leyes tengan la lectura con arreglo a la Carta Política y no se genere un vacío normativo peligroso.

Si la sentencia del TC desestima la demanda, el artículo VI del TP del CPConst. indica que

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Empero, si la sentencia del TC estima la demanda, opera el artículo 204 de la Constitución, según el cual

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de julio de 2005 (Exp. 0019-2005-PI/TC) declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 28658, presentada por 31 congresistas; y declaró nulos los efectos de dicha ley no obstante que había sido derogada. La explicación es clara: 1) la jurisprudencia del TC había declarado que no podía homologarse la detención domiciliaria con la carcelaria; y 2) la ley que infringe la Constitución no produce efectos.

Las garantías constitucionales están precisadas en el artículo 200 de la Constitución de 1993, en cuyo inciso 2 se declara que

La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

El inciso siguiente es la acción de hábeas data, según la reforma contenida en la Ley N° 26470, de 12 de junio de 1995.

Los ilustres miembros del Jurado Nacional de Elecciones ¿son tal vez autoridades? ¿son acaso funcionarios? ¡Pero no pueden dejar de ser personas! Por ende, si amenazan o violan algún derecho reconocido por la Constitución, el afectado puede iniciar el proceso de amparo.

¿Se viola o no el derecho de una persona, elegida por el voto popular y proclamada para ejercer un cargo público, si es vacada sin sentencia judicial por delito doloso? ¿Quién expide sentencia, el Poder Judicial o el Jurado Nacional de Elecciones? ¿Tiene o no vigencia el artículo 138 de la Constitución respecto a la exclusividad para administrar justicia?

¿Se viola o no el artículo 30 de la Constitución que declara que

Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral

cuando se ordena al RENIEC que sea eliminada la inscripción electoral de una persona?

¿Se viola o no el artículo 31 de la Constitución cuando se impide a una persona ejercer su derecho a elegir y ser elegido?

¿Se viola o no el artículo 33 de la Constitución cuando se suspende arbitrariamente el ejercicio de la ciudadanía?

¿Pueden estar excluidos cinco preclaros peruanos de los deberes para con la patria a que alude el artículo 38 de la Constitución que dispone que

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

cuando esos peruanos vacan sin sentencia a un ciudadano elegido por el pueblo?

¿Puede ampararse en la lectura aislada de los artículos 142 y 181 de la Constitución, el atropello de todos los derechos fundamentales referidos y que, además, están sustentados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos? ¿La Constitución tiene sólo dos artículos?

¿Puede soslayarse el alcance de la resolución de 23 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Yatama vs. Nicaragua), respecto al control constitucional de los órganos electorales? ¿Los tratados celebrados por el Estado y en vigor no forman parte del derecho nacional, como indica el artículo 55 de la Constitución?

Los párrafos tercero y cuarto del artículo 15º, que son materia de este proceso de inconstitucionalidad, reproducen el contenido esencial del artículo 2º del Decreto Ley N° 25433, de 11 de abril de 1992. En esa fecha estaba ya disuelto el Tribunal de Garantías Constitucionales, por el Decreto Ley N° 25422, de 8 de abril de 1992.

Por lo tanto, el plazo de prescripción de seis años para el ejercicio de la acción de inconstitucional, previsto en el artículo 100º del Código Procesal Constitucional y aplicable según la Segunda Disposición Final de ese Código, se computa sumando al lapso de junio de 1996 a mayo de 1997, en que estuvo integrado este Tribunal por todos sus magistrados, al período de noviembre de 2000 al 2 de setiembre de 2005, en que también funcionó con su quórum de ley.

La prescripción, además, se puede aplicar de oficio conforme lo dispone el artículo 7 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, promulgado el 14 de setiembre de 2004 y vigente desde el 2 de octubre de ese mismo año. El proceso constitucional es distinto al civil en el que sólo se puede declarar la prescripción por el juez si es solicitada por la parte interesada, según el artículo 1992º del Código Civil.

Hecho el cómputo de ambos períodos no alcanza a los seis años. Por lo tanto, el TC puede pronunciarse, como efectivamente lo hace, sobre el fondo de la demanda.

Considero que debe exhortarse al Congreso a fin de que incorpore al Código Procesal Constitucional una norma relacionada con la jurisdicción en la cual rigen las medidas cautelares, habida cuenta el hecho de que, desde distantes provincias, jueces desaprensivos y apartándose de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, han dictado resoluciones para su aplicación en provincias de otros Distritos Judiciales.

Mientras tanto es atribución del TC poner atajo al abuso que perpetran algunos Jueces que, con tales arbitrarias medidas cautelares, prorrogan los efectos de sus decisiones más allá de las provincias y de los Distritos Judiciales en los cuales ejercen jurisdicción. Se llega, con esa conducta funcional irregular y punible, al absurdo de avasallar la autoridad municipal, emanada de la voluntad popular; pues mientras que un Alcalde sólo puede conceder o negar licencias en el ámbito de su provincia o distrito, las medidas cautelares se aplican indebidamente en cualquier lugar de la República

S

ALVA ORLANDINI

- 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, PRECEDENTE VINCULANTE:** Potestad cautelar de la administración pública para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces. presupuestos.

EXP. N.º 3075-2006-PA/TC

LIMA

ESCUELA INTERNACIONAL DE GERENCIA HIGH SCHOOL OF MANAGEMENT-EIGER

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Arequipa, a los 29 días del mes de agosto de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, Alva Orlandini y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Víctor Manuel Cipriani Nevad, en representación de Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 160, su fecha 13 de setiembre de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra Microsoft Corporation y Macromedia Incorporated, así como contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia de la Propiedad Intelectual (Indecopi) solicitando que se deje sin efecto las Resoluciones de Indecopi N.ºs 193-2004/ODA-INDECOPI y 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 30 de julio de 2004 y 4 de noviembre del mismo año, respectivamente, alegando que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo.

Manifiesta el recurrente que con fecha 8 de mayo de 2003 la codemandada Microsoft Corporation y otros solicitaron al Indecopi realizar una inspección en la Universidad Privada de Tacna, entidad ubicada en la localidad del mismo nombre, inspección que, sin embargo, fue suspendida por iniciativa de la misma interesada con fecha 15 de julio de 2003, con objeto de variar su solicitud original respecto de otra entidad ubicada dentro de la misma localidad. Refiere que posteriormente y pese a los alcances de dicha petición de variación, Indecopi, a través de su Oficina de Derechos de Autor, y a instancias de un escrito presentado por la codemandada Microsoft Corporation, con fecha 25 de julio del 2003, sin prueba

alguna que sustente dicha decisión, varió arbitrariamente de localidad procediendo a ejecutar, con fecha 15 de agosto de 2003, la inspección en contra de su representada, domiciliada en Av. Cuba N.º 699, Jesús María, departamento de Lima. Expone que, producto de los hechos descritos, se levantó un acta de inspección, insertándose en ella hechos falsos, imponiéndosele a su representada una multa indiscutiblemente confiscatoria. Puntualiza que en la citada inspección tampoco participaron peritos o expertos en detectar el uso de los supuestos *software* que aducen los denunciantes, más aún si se toma en consideración que las máquinas de propiedad de la empresa recurrente no están en condiciones de soportar el *software* de Microsoft. Precisa también que en la primera instancia del procedimiento administrativo seguido ante Indecopi no se tomó en cuenta la petición del recurrente a efectos de que se realice una inspección para demostrar que sus equipos no pueden soportar el *software* referido; que ulteriormente, y tras interponer recurso de apelación, tampoco se les concedió el uso de la palabra pese a haberlo solicitado, resultando de todo lo expuesto que su representada, finalmente, ha sido conminada a pagar una multa y un devengado por supuesta violación del derecho de autor, equivalentes a las sumas de 34,02 UIT y US \$ 31.287,58, respectivamente, lo que atenta en definitiva contra sus derechos constitucionales.

El Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima, con fecha 29 de noviembre del 2004, de plano declara improcedente la demanda argumentando que la pretensión en el presente caso es la impugnación de una resolución administrativa emitida por Indecopi, por lo que el reclamo es de orden legal y no constitucional, encontrándose regulado en la Ley sobre derechos de autor o Decreto Legislativo N.º 822, no siendo el amparo la vía idónea.

La recurrida confirma la apelada estimando que la pretensión del actor requiere ser discutida en una etapa probatoria, de la cual el proceso constitucional de amparo carece.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se disponga la inaplicabilidad tanto de la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida con fecha 30 de julio del 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como de la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, emitida con fecha 4 de noviembre del 2004, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la misma institución. Alega el demandante que tales pronunciamientos administrativos vulneran los derechos constitucionales al debido proceso y de defensa de su representada, y amenaza su derecho a la libertad de trabajo.

Rechazo liminar injustificado. La no exigibilidad de declaratoria de nulidad en el presente caso

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, se hace pertinente precisar que aun cuando en el presente caso se ha producido un rechazo liminar injustificado, habida cuenta de que no se han configurado de

forma manifiesta las causales de improcedencia previstas en la ley procesal aplicable, este Colegiado considera innecesario declarar el quebrantamiento de forma y la correlativa nulidad de los actuados, dada la urgente necesidad de tutela que asume el petitorio demandado a la luz de los hechos que lo sustentan. Dicha perspectiva, por lo demás, resulta plenamente congruente con la idea de anteponer los fines de todo proceso constitucional a las exigencias de tipo procedimental o formal, tal cual lo enuncia el tercer párrafo del Artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El Debido Proceso como derecho principalmente invocado. Ámbitos y dimensiones de aplicación

3. De lo que aparece descrito en la demanda y de los recaudos que la acompañan se aprecia que lo que principalmente pretende el recurrente es cuestionar las resoluciones administrativas emitidas por las dependencias del Indecopi, no solo por la forma como se ha tramitado el procedimiento que culminó con su expedición, sino por el contenido o los alcances en que han derivado tales resoluciones. En otras palabras, se trata de una demanda que en lo esencial invoca la defensa del derecho al debido proceso administrativo, entendiendo que dicho atributo ha sido vulnerado no solo en términos formales, sino también en términos sustantivos.
4. Como este Colegiado ha tenido oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo.

Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados.

Análisis de las transgresiones al debido proceso formal

5. En lo que respecta a la dimensión estrictamente procedimental del derecho invocado, este Colegiado considera que la demanda interpuesta resulta plenamente legítima, habida cuenta de que **a)** El Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor establece, en materia de medidas preventivas o cautelares, diversos criterios que la administración y, dentro de ella, los organismos reguladores como el Indecopi, necesariamente deben tomar en cuenta. En efecto, conforme lo reconoce el artículo 176 de la citada norma *“Sin perjuicio de lo establecido en el Título V del Decreto Legislativo N.º 807 (que regula las facultades, normas y organización del Indecopi), los titulares de cualquiera de los derechos reconocidos en esta ley o sus representantes, sin menoscabo de otras acciones que les corresponda, podrán pedir, bajo su cuenta, costo y riesgo, el cese inmediato de la actividad ilícita del infractor en los términos previstos por este Capítulo. Con este fin, la Oficina de Derechos de Autor, como autoridad administrativa, tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares rápidas y eficaces [...]”*. El artículo 177, por su parte establece que *“Las medidas preventivas o cautelares serán, entre otras: [...] c) La realización de inspección, incautación o comiso sin aviso previo [...]”*. El artículo 179, a su turno, precisa que *“Cualquier solicitante de una medida preventiva o cautelar, debe cumplir con presentar ante la autoridad administrativa, las pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considera suficientes para determinar que [...] b) El derecho del solicitante está siendo infringido, o que dicha infracción es inminente [...]”*. El artículo 180, de otro lado, prevé que *“El solicitante de medidas preventivas o cautelares debe proporcionar a la autoridad, además de las pruebas a las que se refiere el artículo anterior, toda información necesaria para la identificación de los bienes, materia de la solicitud de medida preventiva y el lugar donde estos se encuentran”*. Finalmente, el artículo 181 contempla que *“La Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas”*; **b)** De los dispositivos legales anteriormente mencionados se desprende con toda precisión que si bien la autoridad administrativa, en este caso la Oficina de Derechos de Autor, tiene la plena facultad de poner en práctica medidas preventivas o cautelares a efectos de cumplir con su función de tutela o protección sobre los derechos correspondientes al autor, no puede ejercer dicha responsabilidad de una manera absolutamente discrecional, sino sujeta a una serie de parámetros mínimos, que no por ser tales dejan de ser una exigencia a la par que una garantía respecto de las personas o entidades a las que dichas medidas son aplicadas. Dentro de dicha lógica y aunque es cierto que entre las medidas

preventivas o cautelares se encuentra la diligencia de inspección (artículo 177), esta necesariamente debe ser solicitada por el interesado y sustentada con un mínimo de elementos probatorios o suficientes en la forma en que expresamente lo indica el anteriormente citado artículo 179. La exigibilidad de dichas pruebas elementales no es, por otra parte, un asunto opcional o facultativo, sino plenamente obligatorio, conforme lo ratifica el también citado artículo 180, lo que significa que no cabe un manejo diferenciado donde la norma simplemente no lo precisa o no lo habilita. En el contexto descrito, conviene añadir un detalle sobre en el que posteriormente se incidirá. No existe en el Decreto Legislativo 822 o Ley de Derechos de Autor norma alguna que habilita una diligencia de variación de inspección. Tampoco se encuentra prevista dicha facultad en el Decreto Legislativo N.º 807 o Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, lo que supone que su procedencia resulta en el menor de los casos seriamente cuestionable; **c)** De lo señalado en los acápites precedentes, y de lo que aparece de la Solicitud de Inspección formulada por la entidad demandada con fecha 8 de mayo del 2003 (obrante de fojas 25 a 28 de los autos), se observa que no existe un solo elemento probatorio que sustente dicha petición; dicho esto, incluso respecto de la denominada Universidad Privada de Tacna sobre quien originalmente se solicitó dicha medida. En dicho contexto, la simple invocación de normas jurídicas que realiza la entonces peticionante, no puede servir como argumento para convalidar la procedencia de la misma, no solo por las razones de insuficiencia probatoria anteriormente precisadas, sino porque incluso las propias normas citadas (literal f del artículo 169 del Decreto Legislativo N.º 822 y literales a, b y c del artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 807) no suponen excepción alguna, explícita o implícita sobre los mandatos legales establecidos en la tramitación de toda medida preventiva o cautelar; **d)** Tampoco se observa en el posterior escrito de variación de solicitud de inspección, presentado por la actual demandada con fecha 25 de julio del 2003 (ff. 30-31), que exista respaldo normativo alguno que sustente jurídicamente dicha medida, sea en base a la Ley de Derechos de Autor o en base a la Ley Reguladora de las Facultades, Normas y Organización del Indecopi. Por el contrario, este último escrito no solo vuelve a incurrir en una absoluta y clamorosa insuficiencia probatoria, sino que dicha anomalía resulta hasta considerativa o argumental, pues no se da una sola razón que justifique o respalde la diligencia de inspección y ni siquiera la de la consabida y, por demás, irregular solicitud de variación. Lo más saltante resulta siendo la contradicción evidente que existe entre este último escrito y uno anterior sobre suspensión presentado por la misma demandada con fecha 15 de julio del 2003 (f. 29), en el cual, y tras peticionarle a la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi suspender temporalmente la diligencia de inspección en el local de la Universidad Privada de Tacna, ubicado en la ciudad de Tacna, argumenta que dicha suspensión se realiza a fin de tramitar una variación de solicitud de inspección a llevarse a cabo en otra entidad ubicada en la misma localidad, cuando, al revés de ello y como se aprecia de los autos, la consabida medida termina solicitándose y posteriormente ejecutándose en el local de la actual demandante, ubicado en Lima, esto es, fuera de la localidad para la que supuestamente había sido prevista dicha variación; **e)** Ni la tantas veces citada variación ni el escrito que

pretende respaldarla tienen, como se ha señalado precedentemente, fundamento normativo alguno, constituyéndose, por las consideraciones descritas, en un procedimiento a todas luces irregular, habilitado *ipso facto* por parte de la demandada. Este solo hecho, por lo demás, sería suficiente para considerar nula la diligencia de inspección practicada por la Oficina de Derechos de Autor y cuya acta de fecha 15 de agosto del 2003 obra de fojas 50 a 68 de los autos. Sin embargo, tampoco es el único que merece aquí analizarse; **f)** A fojas 83 de los autos obra el escrito mediante el cual la demandada, tras haber formulado recurso de apelación contra la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, solicita el uso de la palabra, esta vez, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (Sala de Propiedad Intelectual). También obra, a fojas 84, la Cédula de Notificación que con fecha 29 de septiembre emite la citada Sala de Propiedad Intelectual y en la cual responde la petición formulada argumentando que *“Conforme a lo dispuesto en el artículo 206.º del Decreto Legislativo N.º 822, Ley de Derecho de Autor, la actuación o denegación de la solicitud del uso de la palabra quedará a criterio de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal. En el presente caso, del análisis de lo actuado y atendiendo a la materia en discusión, la Sala ha determinado DENEGAR el uso de la palabra solicitado”*; **g)** Considera este Colegiado, sobre este particular, que si bien el artículo 206 de la citada Ley de Derechos de Autor establece expresamente que en materia de solicitud de informe oral *“[...] La actuación de denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Sala del Tribunal, según la importancia y trascendencia del caso”*, ello no significa el reconocimiento de una facultad absolutamente discrecional. Aunque tampoco, y desde luego, no se está diciendo que todo informe oral tenga que ser obligatorio por el solo hecho de solicitarse, estima este Tribunal que la única manera de considerar compatible con la Constitución el susodicho precepto, es concibiéndolo como una norma proscriptora de la arbitrariedad. Ello, por de pronto, supone que la sola invocación al análisis de lo actuado y a la materia en discusión no puede ser suficiente argumento para denegar la solicitud de informe oral, no solo porque no es eso lo que dice exactamente la norma en cuestión (que se refiere únicamente a la importancia y trascendencia del caso), sino porque no existe forma de acreditar si, en efecto, se ha analizado adecuadamente lo actuado y si la materia en debate justifica o no dicha denegatoria. El apelar a los membretes sin motivación que respalde los mismos es simplemente encubrir una decisión que puede resultar siendo plenamente arbitraria o irrazonable; **h)** Desde la perspectiva descrita, considera este Colegiado que, sin necesidad de declarar inaplicable el citado artículo 206 del Decreto Legislativo 822, procede una lectura de dicho dispositivo de forma que resulte compatible con la Constitución y con el cuadro de valores materiales que ella reconoce. En el caso de autos, sin embargo, resulta evidente que la lectura que se ha dispensado a dicho precepto, y que aparece citada en la mencionada Notificación de fojas 84, no ha reparado en que si del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas desde la etapa de la diligencia de inspección y que han sido cuestionadas en todo momento, no se puede pretender que ni siquiera procede el derecho de defensa que, en la forma de informe oral, le asiste a la entidad demandante.

6. Por lo señalado hasta este momento, queda claro que, en el presente caso, no se ha hecho por parte de las dependencias e instancias del Indecopi una observancia escrupulosa del debido proceso administrativo entendido en términos formales. Cabe, por consiguiente, recordar que dicho derecho no es simplemente un conjunto de principios o reglas articuladas referencialmente a efectos de que la administración pueda utilizarlas o prescindir de las mismas cuando lo considere conveniente. De su objetividad y su respeto depende la canalización del procedimiento administrativo en una forma que resulta compatible con la Justicia como valor y la garantía para el administrado de que está siendo adecuada o correctamente procesado. Constatadas las infracciones descritas, la demanda debe estimarse en este primer extremo.

Análisis de la transgresión al debido proceso sustantivo. La correlativa amenaza a la libertad de trabajo

7. En lo que respecta al contenido mismo de las resoluciones administrativas cuestionadas por la entidad recurrente, esto es, la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, del 30 de julio del 2004, y la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, del 4 de noviembre del 2004 (ff. 87-112 de los autos), este Colegiado estima pertinente puntualizar que, independientemente de que exista una diferenciación en los aspectos conclusivos en los que desembocan ambos pronunciamientos (uno es más gravoso que el otro), los mismos adolecen de un vicio de origen, que reside en el hecho de no haber reparado o merituado de modo adecuado las transgresiones producidas por parte de la administración, al momento de efectuar la consabida diligencia de inspección e incluso (y esto respecto de la resolución de segunda instancia administrativa) durante el mismo procedimiento. Tal situación, sin necesidad de que ahora tenga que meritarse la intensidad de las sanciones aplicadas, conlleva arbitrariedad manifiesta en el proceder, lo que supone que, cualquiera que sea la conclusión adoptada, esta necesariamente ha devenido en irrazonable.
8. Entiende este Colegiado que independientemente de las transgresiones producidas respecto del derecho fundamental al proceso debido, existe correlativamente en el caso de autos, y a la luz del tipo de sanciones aplicadas (esencialmente pecuniarias), una amenaza cierta e inminente sobre la libertad de trabajo, concretizada en el hecho de venirse requiriendo a la recurrente, bajo apercibimiento de aplicarse nuevas sanciones (f. 24 y 24 vuelta del cuadernillo especial), el pago de un monto de dinero como el fijado en la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI. Bajo tales consideraciones se hace necesario, de modo adicional a lo señalado precedentemente, hacer hincapié en la necesidad de que en toda circunstancia en la que se aplique sanciones de tipo económico se ponderen del modo más adecuado sus efectos y consecuencias a fin de no perjudicar de modo ostensible la citada libertad.

Facultad de verificación y sanción de las dependencias del Indecopi

9. Este Tribunal, por último, deja claramente establecido que el hecho de que tras haberse detectado las infracciones a las dimensiones del debido proceso aquí señaladas, tenga que disponerse necesariamente la inaplicabilidad de las resoluciones cuestionadas, no supone que las dependencias competentes del Indecopi (específicamente su Oficina de Derechos de Autor) no puedan realizar *a posteriori* una nueva verificación sobre la entidad recurrente y aun sancionar, de darse el caso. Simplemente la necesidad y, al mismo tiempo, la advertencia de que en tales ocasiones se proceda con sujeción escrupulosa a la normatividad aplicable, que, como ya se señaló en su momento, establece criterios imperativos o de observancia obligatoria. Queda claro, en todo caso, que los actos administrativos que han sido consecuencia de las resoluciones cuestionadas (entre ellos, el requerimiento de pago anteriormente señalado) carecen de sustento.

Precedente vinculante

10. Finalmente, y por tratarse en el presente caso de una causa en la que este Colegiado ha dejado establecida su posición respecto a la interpretación que debe darse a determinadas normas del ordenamiento jurídico, resulta de aplicación el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lo que supone que, a partir de la fecha de la publicación de la presente sentencia, todos los jueces y tribunales del país quedan vinculados por el precedente aquí establecido y principalmente desarrollado en los acápites a), b) g) y h) de su fundamento 5.

Por los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo interpuesta.

Dispone inaplicar a la Escuela Internacional de Gerencia High School of Management - Eiger, tanto la Resolución N.º 193-2004/ODA-INDECOPI, emitida con fecha 30 de julio del 2004, por la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, como la Resolución N.º 1006-2004-TPI-INDECOPI, emitida con fecha 4 de noviembre del 2004, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de la misma institución.

Dispone la incorporación del fundamento 5, acápites a), b) g) y h), a la parte resolutive de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

ALVA ORLANDINI

LANDA ARROYO

5. SENTENCIA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sobre la posibilidad del control constitucional de las medidas cautelares a través del proceso de amparo.

EXP. N.º 1209-2006-PA/TC “LA GUERRA DE LAS BOTELLAS”

LIMA

COMPAÑÍA CERVECERA

AMBEV PERU S.A.C

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de marzo de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular de los magistrados Alva Orlandini y Landa Arroyo y los fundamentos de voto de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Compañía Cervecería Ambev Peru S.A.C, contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 105 del segundo cuaderno, su fecha 15 de diciembre de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 12 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y contra el juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando se declare la nulidad de las resoluciones N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005 y N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, expedidas por los mencionados órganos, vulnerando su derecho al debido proceso, libertad de empresa, libertad de industria y libertad de contratación.

Refiere que la empresa “Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A” (Backus), interpuso demanda en su contra ante el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima solicitando que: a) se declare a Backus propietaria de 88’330,000 envases de vidrio; b) se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización; c) se ordene a las empresas García S.A., Distribuidora del Norte S.A.C, Central del Sur S.A y Europa S.A.C; a no entregar o disponer sus envases a personas ajenas; d) se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de sus envases.

Sostiene también que, con la finalidad de garantizar el resultado del proceso principal, la propia empresa Backus solicitó medida cautelar, la misma que fue concedida mediante resolución N.º 1 de fecha 09 de diciembre de 2004, en la que se ordena que: a) Ambev se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; b) se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; c) se ordene que Ambev se abstenga de intercambiar, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas. Posteriormente, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima mediante resolución N.º 8 de fecha 18 de mayo de 2005, confirmó la apelada.

Finalmente alega que, dichas resoluciones vulneran sus derechos a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, en concreto su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, así como la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia en el otorgamiento de la medida cautelar.

Mediante resolución s/n de fecha 5 de setiembre de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que solo procede demanda de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular, donde se verifica vulneración de la tutela procesal efectiva (que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso) y que lo que realmente se pretende cuestionar en el presente proceso es lo resuelto por las instancias ordinarias, pues se verifica que la pretensión es igual a la solicitada en el recurso de apelación contra la medida cautelar, la misma que fue desestimada en su oportunidad.

Recurrida la sentencia, ésta fue confirmada, básicamente porque a criterio de la Sala, sólo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, no contra una medida cautelar que tiene por característica la provisionalidad y variabilidad a través del uso de medios impugnatorios, además de considerar que resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite.

FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del Petitorio

1. Mediante el presente proceso, la compañía recurrente solicita que se deje sin efecto la Resolución N.º. 8 de fecha 18 de mayo de 2005 (Exp. N.º 576-2005), mediante la cual la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó la Resolución de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Lima, mediante la que se concede una medida cautelar a favor de la empresa “Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.C.”.

2. En dicha medida cautelar, se ordena que la empresa recurrente se abstenga de, *“(...) tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio de 620 mililitros de capacidad, color ámbar, de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que va ampliando hasta llegar a la parte cóncava, además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentra signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; y finalmente se ordena que Ambev no intercambie, por sí o por intermedio de terceros(...)”* las referidas botellas ya identificadas previamente.
3. En tal sentido, según refiere la empresa demandante, con la confirmación en segunda instancia de la medida cautelar se afectan sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, a la libre contratación y la libertad de empresa, comercio e industria. De otro lado, según manifiesta, la medida cautelar ha sido dictada con manifiesto agravio no sólo del derecho a la tutela procesal, en la medida que otorga más de lo solicitado en el proceso principal, sino que además, por esta misma razón, afecta también el derecho de propiedad de los usuarios o consumidores de cervezas que también son propietarios de envases, lo que habría sido reconocido por la propia empresa beneficiada con la medida cautelar.

§2. Cuestiones procesales previas

4. Antes de avanzar sobre las cuestiones planteadas por la demandante, conviene detenerse en algunos aspectos procesales que han sido planteados en las instancias judiciales previas y que ameritan la consideración de este Colegiado. La primera de estas cuestiones se refiere a la posibilidad o no de un control constitucional de las resoluciones judiciales emitidas en el trámite de una medida cautelar; la segunda en cambio, está referida a la posibilidad procesal de emitir una sentencia sobre el fondo pese a que las dos instancias judiciales han rechazado de plano la demanda sin que se haya producido un emplazamiento pleno de la demanda.

2.1. Sobre el control constitucional de las medidas cautelares

5. Con relación a la primera cuestión, esto es, la posibilidad o no del control constitucional a través del proceso de amparo de lo resuelto en el trámite judicial de una medida cautelar, ambas instancias judiciales han tomado como argumento central de rechazo de la demanda, la consideración de que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, puesto que según sostienen, constituye una característica consustancial a toda medida cautelar, el que éstas sean provisionales y, por tanto, variables en el tiempo.

6. En efecto, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 5 de setiembre de 2005, rechazó la demanda tras considerar fundamentalmente que,

“las medidas cautelares son de tipo precautorio, preventivo, no son dictadas cuando el juzgador ha formado certeza, basta la probabilidad de que la pretensión sea amparada en la sentencia final, por tanto no tiene la característica de la inmutabilidad propia de las resoluciones firmes o definitivas” (FJ. 4°).

Ahondando en este argumento, la Sala ha precisado que,

“La condición de ‘firme’ de una resolución judicial prevista en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional no puede ser interpretado únicamente como las resoluciones contra las cuales no proceden otros medios impugnatorios que los ya resueltos, esto es como sinónimo de inimpugnable; sino debe ser entendido también en su atributo de inmutabilidad, característica que no se tiene en el presente caso” (FJ. 5°).

7. En esta misma línea argumental, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, ha sostenido que,

“(…) el amparo no es procedente (sic) en contra de lo ordenado en una medida cautelar, pues por su propia naturaleza tal medida no es firme ni definitiva, por el contrario, la validez de lo ordenado vía medida cautelar, necesariamente estará supeditado al eventual cambio de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de sustento”^{312[1]}

8. Este Colegiado no comparte el criterio propuesto por las instancias judiciales. Tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión tenga el carácter de firme por que es inatacable mediante los recursos procesales previstos, y otra que la misma sea inmutable o “inalterable” porque sea una decisión jurisdiccional definitiva. La confusión de conceptos lleva a las instancias judiciales a la errónea interpretación de que cuando estamos frente a decisiones producidas en el trámite de medidas cautelares, como éstas no son “inmutables” (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), ergo no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional, para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”. La categoría de resolución firme, debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, puedan merecer control por parte del Juez Constitucional. La condición es, en todo caso, que su trámite autónomo (y la medida cautelar tiene una tramitación autónoma) haya generado una decisión

^{312[1]} Resolución de fecha 15 de diciembre de 2005, FJ. 6°, fojas 108 y ss. del cuaderno respectivo.

firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal que logre revertir la situación denunciada.

9. Entender en sentido contrario, como lo hacen las instancias judiciales, llevaría al absurdo de que por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no podría ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de Habeas corpus o incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho en cuestión. No es pues la naturaleza provisional o transitoria del acto o resolución judicial lo que determina que prospere o no una garantía constitucional como es el Amparo, sino en todo caso, la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto alguno de los contenidos constitucionales protegidos a través de los procesos constitucionales, y que, el afectado con tales actos o resoluciones, haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión que viene al Juez Constitucional sea una que ha adquirido firmeza en su trámite procesal.
10. En el caso de las medidas cautelares, dicha firmeza se alcanza con la apelación y su confirmatoria por la Sala, con lo cual, una vez emitida la resolución de segunda instancia queda habilitada la vía del amparo si es que la violación o amenaza continúa vigente. De lo contrario, se estaría creando zonas de intangibilidad, que no pueden ser controladas hasta que concluya el proceso judicial principal. Se dejaría de este modo al arbitrio judicial sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales. En este sentido, debe recordarse que la tutela cautelar si bien constituye un derecho para garantizar el cumplimiento de la sentencia que se dicte sobre el fondo, supone al mismo tiempo, un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es incluso mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del Juez. En consecuencia, el pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta en este sentido manifiestamente incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre éstos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por nuestra propia jurisprudencia^{313[2]}. En este sentido, el Tribunal considera que el argumento utilizado por las instancias judiciales

^{313[2]} Véase en este sentido nuestra sentencia en el Exp. N° 1803-2004-AA/TC, en especial su fundamento 14° donde el Tribunal establece: "(...)aunque no explícitamente, al reconocer la Constitución en su artículo 3°, así como en el artículo 43, el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta y así ha puesto un límite infranqueable para todo poder público".

para rechazar la presente demanda, según el cual en el caso de autos no estamos ante una “resolución judicial firme”, debe ser rechazada debiendo proceder a analizar las cuestiones sobre el fondo.

2.2. Rechazo liminar y sentencia sobre el fondo

11. Una segunda cuestión que debe también ser analizada antes de ingresar al fondo de las cuestiones planteadas, es la referida al rechazo liminar que ha merecido la demanda de autos por las dos instancias judiciales previas. La cuestión que debe plantearse en este punto es si, pese a tal situación procesal, resulta válida la emisión de una sentencia sobre el fondo. Al respecto la posición jurisprudencial de este Tribunal ha sido uniforme, al considerar que la aplicación del segundo párrafo del artículo 20º del Código Procesal Constitucional, esto es, la anulación de todo lo actuado tras constatarse que se ha producido un indebido rechazo liminar de la demanda en las instancias judiciales, sólo podría decretarse tratándose de la presencia irrefutable de un acto nulo; entendiéndolo como aquel,

"(...) que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados" (STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.)

12. En este sentido y conforme hemos señalado recientemente en la sentencia del Exp. N° 4587-2004-AA/TC,

“la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo resulta procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar” (FJ N° 15)

13. En el caso de autos, tal afectación no se ha producido, en la medida que las partes involucradas, pese al rechazo liminar de la demanda por las dos instancias judiciales, no obstante han tomado conocimiento del trámite procesal de la demanda. En tal sentido, el procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, se ha apersonado y presentado sus alegatos e incluso la empresa Backus, que en estricto no era la parte emplazada con la presente demanda, ha presentado informes y escritos sustentando su posición^{314[3]}. De este modo, el Tribunal considera que si bien

^{314[3]} Así se constata en autos a fojas 229, 230, 231, 232 y 233, donde consta las notificaciones efectuadas a los magistrados emplazados; así mismo, a fojas 237, consta el apersonamiento del Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial, Dr. Segundo Jesús Vitery Rodríguez. Por su parte, a fojas 76 del segundo cuaderno, consta la notificación que se hace a la Empresa Unión de Cervecería Peruana

los jueces de las instancias precedentes debieron admitir la demanda, sin embargo al no hacerlo, no se ha generado un supuesto de nulidad que amerite retrotraer el estado del proceso a la etapa de su admisión, pues ello podría resultar más gravoso aún para la parte que ha venido solicitando tutela urgente para sus derechos a través del proceso de amparo. Esta postura encuentra fundamento además, en el hecho de que en el caso de autos; a) en primer lugar, se recogen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; b) el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados, quienes fueron notificados, y si bien no participaron directamente, sí lo hicieron a través del procurador público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial; c) por último, no debe olvidarse que en el caso de autos se cuestiona una decisión cautelar, es decir, una decisión que ha sido adoptada con la inmediatez y urgencia propia de su naturaleza procesal y que viene surtiendo efectos desde su adopción, lo que requiere también una respuesta rápida que no convierta en irreparable la posible afectación si es que así se comprobaba.

14. En consecuencia y, conforme a los principios que informan los procesos constitucionales, en particular, los principios de economía, informalidad, celeridad y el principio finalista, según el cual, las formalidades procesales están al servicio de los fines que se persigue con la instauración de los procesos constitucionales; este Tribunal considera que debe ingresar a analizar las pretensiones de fondo planteadas y emitir sentencia resolviendo el conflicto constitucional suscitado.

§3. Sobre la presunta afectación del derecho a la libertad contractual

15. Ingresando a las cuestiones planteadas sobre el fondo, lo primero que debe analizarse, es el argumento sobre la supuesta afectación a la libertad de contratar de Ambev que supondría la medida cautelar otorgada por los jueces emplazados. Para sustentar este extremo de su pretensión, la empresa recurrente ha sostenido básicamente, que la prohibición de intercambiar los envases de cervezas objeto de la medida cautelar, afecta su relación contractual con sus clientes, puesto que según sostiene,

“En el sistema de intercambio imperante en el mercado cervecero peruano, el intercambio se produce entre productores y consumidores, de manera que cualquier productor de cerveza (como Ambev Perú) debe poder intercambiar sus botellas de cerveza (que no son las discutidas por Backus) con las que son de propiedad de los consumidores. Por ende, ese

Backus y Johnston, y a fojas 80 del mismo cuaderno, consta el escrito de apersonamiento de la referida empresa, solicitando los recaudos del expediente. Finalmente, mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2006, la misma empresa ha presentado sus alegatos ante este Tribunal, acompañando los dictámenes técnicos de los doctores, Jorge Avendaño y Francisco Eguiguren.

intercambio, en el que no participa de modo alguno Backus (ni “sus” botellas), no puede ser legal ni judicialmente impedido”^{315[4]}

16. Por su parte, Backus ha sostenido que la medida cautelar que les ha sido concedida, en ningún momento puede afectar el derecho de libertad de contratar de AmbevPerú, puesto que lo que en ella se ha dispuesto es la restricción del uso de las botellas de propiedad de Backus sin que medie autorización de parte de ésta.

“(...)ello sin embargo no tiene ninguna relación con el derecho a la libre contratación que tiene Ambev para contratar libremente con los consumidores la venta de sus productos en sus propios envases.”; así mismo ha sostenido que “Ambev no tiene ninguna limitación para producir y vender su cerveza en envases de su propiedad, e intercambiar los mismos con los consumidores (...)”^{316[5]}

17. Este Colegiado encuentra que el amparo no es la vía adecuada para un pronunciamiento sobre el fondo de este extremo de la demanda, puesto que, (tal como ha sido presentado), un pronunciamiento sobre el derecho en cuestión, requeriría necesariamente la acreditación de la propiedad de las botellas como bienes fungibles, pero además, de la patente sobre las formas y demás derechos industriales que la misma involucra; del mismo modo, resulta indispensable la verificación de la forma en que opera el proceso de intercambio de botellas en el mercado cervecero peruano, cuestiones que no pueden ser debidamente contrastadas en esta vía, debido a la naturaleza sumaria del proceso de amparo y a la ausencia de una etapa probatoria en su interior. Como tantas veces ha afirmado este Colegiado, la tutela de derechos fundamentales mediante los procesos constitucionales requiere como supuestos de hecho, que la afectación o en su caso la amenaza sean irrefutables, de modo que su evidencia sea razonablemente precisa y clara para el juez constitucional, sin que pueda admitirse solicitudes de tutela cuando los presupuestos de los que parte (como en este caso la propiedad de las botellas), son todavía objeto de un proceso judicial en trámite. De otro modo se estaría obligando a una actuación temeraria y riesgosa para los mismos derechos por parte de la justicia constitucional; máxime si se tiene en cuenta que, con relación a la propiedad de las botellas a que se refiere el presente amparo, existe pendiente ante la justicia ordinaria un proceso judicial en curso en cuyo marco se ha dictado precisamente la medida cautelar que motivó la presente demanda.

§4. Sobre la afectación a las libertades de empresa, comercio e industria

^{315[4]} Escrito de demanda punto V.3

^{316[5]} Escrito presentado ante el Tribunal Constitucional, punto 3.2

4.1. ¿Puede afectarse la libertad de empresa, comercio e industria mediante una resolución judicial?

18. Antes de proceder a analizar si con la medida cautelar en cuestión se afecta alguno de los ámbitos constitucionalmente protegidos del derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, conviene detenernos no obstante en un aspecto procesal que ha invocado Backus. En efecto, al responder este extremo de la demanda, la empresa Backus ha propuesto el argumento conforme al cual, el amparo contra resoluciones judiciales no podría prosperar si es que se alega la violación de derechos que no sean los expresamente reconocidos en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional. En efecto, conforme ha sostenido la defensa de Backus al solicitar la improcedencia de este extremo de la demanda,

“(...)solo procede amparo contra resoluciones judiciales cuando estamos ante un supuesto de afectación a la tutela procesal efectiva. La vulneración de cualquier otro derecho constitucional no se encuentra protegida por el amparo contra resoluciones judiciales”.

Según su parecer, tal conclusión se desprendería de modo inequívoco de lo establecido en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

19. El referido artículo 4° del CPConst. establece en efecto, que tratándose del amparo contra resoluciones judiciales, éste sólo procede *“respecto de resoluciones firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso”*. A partir de este enunciado general puede establecerse *prima facie*, que la procedencia del Amparo respecto de resoluciones judiciales, estaría condicionado, cuando menos, a los siguientes supuestos de hecho: a) Que la decisión judicial que se cuestiona sea una que tenga la condición de firme; b) que el agravio denunciado sea manifiesto, y que recaiga; c) en algún aspecto de la tutela procesal efectiva, que según el propio Código, comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Con más precisión aún, el mismo dispositivo legal intenta delimitar el contenido de lo que debe entenderse por tutela procesal efectiva para efectos de controlar la actividad judicial y su posible incidencia en la afectación de derechos fundamentales^{317[6]}.

^{317[6]} Según el mismo artículo 4°, “Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.

20. De este modo, al delimitar el ámbito de control constitucional de las decisiones judiciales a los aspectos vinculados con la tutela procesal y el debido proceso, se ha intentado dar un contenido más específico a lo que hasta hace poco se identificaba como “proceso irregular” para, de este modo, admitir la procedencia del amparo contra decisiones judiciales asumiendo en este sentido una interpretación en sentido contrario a la dicción literal de lo que establecía el inciso 2) del artículo 6° de la derogada Ley N° 23506 y recogido ahora en el artículo 200 inciso 2° de la Constitución, conforme al cual el Amparo “no procede...contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular”.

21. Como es sabido, hoy en día es pacífica tanto la doctrina como la propia jurisprudencia de este Tribunal al admitir el amparo contra decisiones judiciales. La cuestión que en todo caso, resta por definir y que aparece planteada en el presente caso, es si los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, sólo pueden afectar determinados derechos y no cualquiera como ocurre con cualquier otro funcionario, autoridad o incluso los particulares. Una interpretación aislada de lo que dispone hoy en día el artículo 4° del CPConst., pareciera en efecto, sugerir una respuesta restrictiva en el sentido anotado, generándose de este modo algunas incoherencias con el propio texto constitucional.

4.2. Los jueces como cualquier autoridad o funcionario pueden afectar cualquiera de los derechos constitucionales reconocidos.

22. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, no sólo porque se desprenden de un texto normativo que es norma fundamental, sino por su dimensión axiológica de unión inseparable a la dignidad humana, fundamento último del orden constitucional^{318[7]}. De este modo, aunque resulte obvio decirlo, también los jueces están sometidos en su actuación a los contenidos la Constitución. Ello supone desde luego, que todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces y no sólo los referidos a la tutela judicial efectiva como pareciera sugerir la lectura de los abogados de Backus con relación al artículo 4° del Código Procesal Constitucional. Si todos los derechos fundamentales vinculan a los jueces como a todo poder público, entonces: ¿qué pasa si una decisión jurisdiccional se emite violando flagrantemente un derecho que no se encuentre en la lista enunciativa del artículo 4° del CPConst.? La respuesta a esta cuestión, supone indagar sobre el modelo de protección constitucional de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo.

^{318[7]} Esta concepción de los derechos fundamentales ha sido constante en nuestra jurisprudencia, véase solo como referencia la STC N° 5854-2005-AA/TC, caso Lizana Puelles. Fundamentos 3° a 6°.

23. En efecto, el artículo 200 inciso 2° de la Constitución no hace diferencias entre los tipos de actos que pueden ser objeto de control mediante el proceso de amparo. Sólo se refiere a que el proceso de amparo resulta procedente “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza *los demás derechos* reconocidos por la Constitución...”. De este modo, el Amparo se constituye en una de las garantías jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales más amplia y complementaria de las demás que ofrece el sistema constitucional peruano (a saber, el Hábeas corpus y el Hábeas data). La extensión de tal protección no se agota ni siquiera en la enunciación textual de los derechos reconocidos en la propia Constitución, pues mediante la cláusula de expansión y desarrollo de los derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 3° de la Constitución, el amparo es también la garantía por excelencia para proteger los “otros” derechos “que se fundan en la dignidad del hombre, en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. Como anota Häberle, en el Estado Constitucional “¡No hay *numerus clausus* de las dimensiones de tutela y garantía de los derechos fundamentales, así como no hay *numerus clausus* de los peligros!”^{319[8]}

En esta misma dirección se ha pronunciado recientemente este Colegiado al sostener que,

“La tesis según la cual el amparo contra resoluciones judiciales procede únicamente por violación del derecho al debido proceso o a la tutela jurisdiccional, confirma la vinculatoriedad de dichos derechos en relación con los órganos que forman parte del Poder Judicial. Pero constituye una negación inaceptable en el marco de un Estado constitucional de derecho, sobre la vinculariedad de los “otros” derechos fundamentales que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales procesales, así como la exigencia de respeto, tutela y promoción ínsitos en cada uno de ellos.

En efecto, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los jueces del Poder Judicial no sólo tienen la obligación de cuidar porque se hayan respetado los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas cuya controversia se haya sometido a su conocimiento, sino también la obligación –ellos mismos– de respetar y proteger todos los derechos fundamentales al dirimir tales conflictos y controversias” (STC N° 3179-2004-AA Fj. N° 18).

24. El Tribunal considera en este sentido, que la enunciación de una lista de derechos que el legislador ha establecido como atributos de la tutela procesal

^{319[8]} Häberle, P. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1997, pg. 269.

efectiva, para efectos de controlar la actuación de los jueces o incluso de los fiscales en el ámbito de sus respectivas competencias relacionadas con los procesos judiciales, no agota las posibilidades fácticas para el ejercicio de dicho control, ni tampoco quiere significar una lista cerrada de derechos vinculados a la cláusula general de la tutela procesal efectiva. Esto se desprende además de la propia lectura del artículo 4° del CPConst. que al referirse a la tutela procesal efectiva lo define como “aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos....”. Una lista enunciativa supone una referencia sobre los alcances de tal derecho, más no debe interpretarse como una lista cerrada de posibles infracciones, puesto que no se trata de un código de prohibiciones sino de posibilidades interpretativas para su mejor aplicación. Resulta por tanto razonable pensar que con tal enunciación no se está estableciendo la imposibilidad de que otros bienes constitucionales, y no solo la tutela procesal, puedan también resultar afectados mediante la actuación del poder jurisdiccional del Estado.

25. Establecido lo anterior, debe precisarse sin embargo, que el amparo contra resoluciones judiciales no supone como tantas veces lo hemos afirmado, un mecanismo de revisión de la cuestión de fondo discutida en el proceso que lo origina, por lo que las violaciones a los derechos de las partes de un proceso deben expresarse con autonomía de dichas pretensiones. Es decir, debe tratarse de afectaciones del Juez o Tribunal producidas en el marco de su actuación jurisdiccional que la Constitución les confiere y que distorsionan o desnaturalizan tales competencias al punto de volverlas contrarias a los derechos constitucionales reconocidos y por tanto inválidas.

4.3. El debido proceso como garantía no sólo procedimental sino también sustancial de los derechos

26. Unido a las consideraciones precedentes, debe también tenerse en cuenta que la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que en este extremo suscribimos,

“El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino

de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos^{320[9]}

27. Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias^{321[10]}. En este sentido hemos establecido que,

“el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce ...en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”^{322[11]}.

28. El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al *cómo* se ha de actuar sino también a *qué* contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido^{323[12]}, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado democrático.

29. De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales. En consecuencia el argumento de Backus, en el sentido de que el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria no deben merecer análisis por este Colegiado al no tratarse de derechos incluidos

^{320[9]} Sentencia de la Corte Colombiana T-751A de 1999, citado por Carlos Bernal Pulido en *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 338

^{321[10]} Véase en este sentido, entre otras el Exp. N° 080-2003-HC/TC (FJ. 1°)

^{322[11]} Exp. N° 0258-2003-HC/TC, (FJ. 1°)

^{323[12]} Bernal Pulido Carlos, *Ob. Cit.* Pág. 335.

en el ámbito de la tutela procesal efectiva, carece de sustento y en consecuencia se debe proseguir a su análisis.

4.4. Evaluación del derecho invocado y su supuesta afectación

30. Esclarecida la posibilidad de que mediante una decisión judicial también es factible la afectación de cualquiera de los derechos constitucionalmente reconocidos o incluso aquellos que no tienen reconocimiento expreso conforme lo establece el artículo 3° de la Constitución; debemos ahora analizar, si en el caso de autos, la resolución cuestionada vulnera el derecho a la libertad de empresa, industria y comercio. Conforme ha sostenido la empresa recurrente,

“La afectación provocada por la resolución judicial que motiva esta demanda tiene un innegable “efecto cascada” pues, el agravio al derecho a la tutela procesal efectiva de Ambev Perú produce, como efecto directo, una afectación de nuestro derecho a la libre contratación con los consumidores. A su vez, dicha afectación a la libre contratación ha traído como consecuencia la afectación de nuestro derecho a la libertad de empresa, comercio e industria, garantizado expresamente por la Constitución...”³²⁴[13].

31. En este sentido y conforme ha expuesto la empresa recurrente en su recurso de agravio,

“La afectación a nuestras libertades de empresa, comercio e industria también es manifiesta, pues la resolución judicial mencionada, al impedirnos realizar los contratos antes aludidos, restringe arbitrariamente el ejercicio de nuestras legítimas actividades empresariales”.

32. Por su parte, la empresa Backus, mediante escrito presentado ante este Tribunal, ha refutado este argumento señalando que,

“Dicha afirmación queda totalmente desvirtuada ya que Ambev puede comercializar su cerveza con el público consumidor utilizando sus propios envases, más no los envases de Backus ya que son de nuestra propiedad”.

En el mismo sentido, con relación al derecho de libertad de empresa y de industria, ha sostenido que,

“Ambev no ha tenido ninguna limitación para elegir el sector industrial en el cual desea participar en el Perú ni para obrar en él”, prueba de ello, según sostiene, es que la empresa recurrente, “está debidamente constituida..., tiene una planta de producción y comercializa su cerveza en envases de su propiedad sin ningún inconveniente”.

³²⁴[13] Escrito de demanda, punto V.4.

33. El artículo 59° de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria al establecer que, *“el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”*. Se trata de este modo de garantizar las libertades económicas en el marco de los demás derechos individuales y colectivos que la propia Constitución también proclama y garantiza. Por tanto, no se trata de libertades y garantías sin límites, sino que su delimitación constitucional requiere permanentemente de un armonioso balance a efectos de preservar otros bienes y valores igualmente valiosos para la sociedad. Como anota Häberle,

“El mercado en el Estado Constitucional, es –como toda la vida social-estructurado, funcionalizado y disciplinado normativamente, esto es, constituido”,

34. Por tanto la libertad de empresa que se proclama en la Constitución no es una libertad del mercado *“de naturaleza”*, sino una libertad dentro del pacto constitucional, sometido a los acondicionamientos de la vida cultural y social de la nación. Sólo a partir de esta constatación de la realidad normativa del mercado es que se puede concluir con Häberle, en sentido de que,

“El Estado constitucional coloca al mercado a su servicio, como un sustrato material irrenunciable de sus fines ideales, orientados a favor de la dignidad del hombre y de la democracia”^{325[14]}.

35. En consecuencia, una concepción integral de las cláusulas de la libertad de mercado, no puede extraerse sólo a partir de la lectura aislada del Título III de la Constitución que se refiere al régimen económico, si no que resulta necesario un contraste permanente de estos postulados con los valores y principios que se desprenden de la cláusula de fundación de la sociedad constituida y contenida en el artículo 1° del Título I de la Constitución según la cual,

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

36. Conforme ha precisado este Colegiado, con relación a la libertad de empresa, éste derecho protege por lo menos cuatro ámbitos bien delimitados de las libertades económicas, que suponen al propio tiempo, los contextos en que el Estado debe garantizar su actuación sin interferencias que no sean razonables constitucionalmente. Las libertades que comprende la libertad de empresa son en este sentido; 1) Libertad para crear una empresa y acceder al mercado en

^{325[14]} HÄBERLE, Peter, “Incursos. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo”, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, PUCP, Lima, 1997

condiciones de igualdad; 2) Libertad para determinar el objeto, determinar el nombre, domicilio y establecer el gobierno interno de la empresa; 3) libertad para competir en igualdad de condiciones en el mercado; y finalmente 4) libertad de salida del mercado o de cambio de giro de la actividad^{326[15]}.

37. En estrecha relación con lo anterior, también hemos identificado a las libertades de industria y comercio. Así hemos establecido que mientras la libertad de comercio,

“(...) consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. (...), la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos”^{327[16]}.

38. En el caso de autos, la empresa recurrente cuestiona que una decisión judicial, adoptada provisionalmente en el marco de un proceso cautelar, interfiera en el ejercicio de su libertad de empresa, comercio e industria. Este Colegiado encuentra que tal situación no se corrobora con lo que consta en autos, pues admitir que el dictado de una medida cautelar resulta *per se* limitativa de las libertades económicas aludidas, llevaría al absurdo de que ninguna empresa podría ser objeto de tales medidas jurisdiccionales, puesto que toda medida cautelar supone siempre una cierta limitación de algún derecho, en la medida que busca garantizar otros que están también en juego.

39. Conforme ha quedado acreditado en autos, la empresa recurrente sigue desarrollando sus actividades y ejerce sin mayor limitación las libertades económicas que la Constitución le garantiza, tampoco ha demostrado perturbación alguna a sus libertades de elección del giro o actividad, tampoco se le ha restringido el acceso y permanencia en el mercado, toda vez que sus productos no han tenido restricción para competir libremente en el mercado cervecero peruano. En todo caso, la única restricción que ha motivado este proceso se ha producido en el ámbito de un proceso judicial y con relación al uso de determinado tipo de envases, lo cual no afecta el ámbito constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria. Ello se corrobora además con facilidad tras constatar la presencia de los productos de AmbevPeru en el mercado peruano. En consecuencia este Colegiado considera que en el caso de autos, no se ha afectado el contenido

^{326[15]} Cfr. la STC N° 3330-2004-AA/TC FJ. N° 13°

^{327[16]} *Ibidem*

constitucionalmente protegido de las libertades de empresa, comercio e industria de la recurrente.

§5. Sobre la invocación de los derechos de los usuarios y la falta de congruencia de la medida cautelar.

40. La última cuestión que debe analizar este Tribunal en el presente caso, está referida a la supuesta arbitrariedad y exceso en que habría incurrido el juez que concedió la medida cautelar, así como la Sala que confirmó dicha decisión, toda vez que la misma sería incongruente y, por tanto inadecuada, con relación a la pretensión principal que tiene como objetivo asegurar. En este sentido, la empresa recurrente ha sostenido en primer término, que la medida afecta el derecho de propiedad de los usuarios y consumidores de cervezas, y en segundo lugar, sería también incongruente desde una perspectiva procesal. Con relación al primer extremo, esto es, la afectación de los derechos de propiedad de los consumidores y usuarios ha sostenido que,

“(...) si en el mercado existe un número mucho mayor de botellas de cerveza que el referido por Backus en la demanda a que hacemos referencia, es innegable que los efectos de tal proceso no pueden hacerse extensivos a dicho “excedente”, por tratarse de bienes claramente pertenecientes a terceras personas, es decir, a los consumidores. Sin embargo el actuar de los jueces demandados está permitiendo, indebidamente, lo contrario”^{328[17]}

Con relación a la falta de congruencia entre la medida cautelar otorgada y las pretensiones postuladas en su demanda principal, ha sostenido que tal situación,

“(...) ha afectado el presupuesto de adecuación y, con ello, se ha afectado el derecho de Ambev de recibir una resolución fundada en derecho. En otras palabras se ha violado flagrantemente su derecho a un debido proceso”^{329[18]}

De este modo, la actora considera que la medida cautelar otorgada por el Poder Judicial,

“excede larga, abusiva y arbitrariamente el número de botellas señalado por Backus como de “su propiedad”, afectando severamente la validez de la resolución cautelar mencionada”.

41. Por su parte Backus ha respondido este extremo de los argumentos sosteniendo, con relación a la falta de congruencia en la medida cautelar

^{328[17]} Escrito de demanda punto 3 (Fundamentos de hecho)

^{329[18]} Escrito de fecha 21 de marzo de 2006, presentado ante este Tribunal.

otorgada y lo solicitado en el proceso principal, que la apreciación de la recurrente no es correcta, puesto que,

“olvida señalar (...) que asimismo hemos solicitado que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”,

42. Con relación a la afectación de los derechos de propiedad de los usuarios y consumidores, ha sostenido básicamente que si bien,

“dentro de la cadena de distribución es posible que algunos de nuestros envases hayan sido transferidos a consumidores finales...”,

sin embargo en este extremo, ha cuestionado la legitimidad para representar dichos intereses por parte de Ambev, puesto que,

“si aceptamos la tesis esgrimida por Ambev de que los consumidores finales son los afectados con la medida cautelar concedida a nuestro favor, entonces estaríamos ante un claro supuesto de improcedencia de la demanda por carecer de manera manifiesta de legitimidad para obrar, ya que en dicho supuesto serían los supuestos afectados, es decir los consumidores finales, los legitimados a iniciar el presente proceso de amparo y no Ambev”^{330[19]}

43. De este modo, la cuestiones que en este punto deben ser analizadas por este Colegiado son las siguientes:

- a) Si se afecta los derechos de los consumidores y usuarios de cervezas al restringir el intercambio de los envases que son de su propiedad.
- b) Si la falta de congruencia entre el proceso principal y la medida cautelar concedida existe y si tal incongruencia afecta algún derecho fundamental de la recurrente.
- c) Finalmente, si la decisión judicial puede ser analizada a través del test de proporcionalidad a efectos de controlar la arbitrariedad judicial en que habría incurrido el Poder Judicial al otorgar la medida cautelar bajo análisis.

5.1. Sobre los derechos de los usuarios y consumidores de cervezas que son propietarios de los envases.

44. Tal como se aprecia del tenor de la medida cautelar concedida, ésta no ha precisado el ámbito o extensión de los envases afectados con dicha medida, toda vez que en el mercado existe en circulación, no sólo botellas de la empresa que solicita la medida (Backus), sino también de los usuarios y de la propia empresa recurrente tal como se acredita en autos a fojas 114 a 119 del primer cuaderno. Como se aprecia de uno de los extremos de la medida

^{330[19]} Escrito presentado con fecha 20 de marzo ante este Tribunal, Puntos 3.1.a)

cautelar, en ella sin precisar la extensión de la restricción, se ordena que AmbevPerú,

“(...)no intercambie, por sí o por intermedio de terceros, botellas iguales a los envases de vidrio de 620 ml. de capacidad color ámbar de boca redonda y pico rasurado con ribete sobresaliente, cuello delgado que se va ampliando hasta llegar a la parte cóncava, además del tronco cilíndrico con base redonda, que se encuentran signados con un símbolo consistente en un triángulo que lleva las iniciales CFC a la altura del cuello de la botella, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”

45. Conforme se acredita en autos, sin que haya sido desvirtuado por Backus, en el mercado cervecero peruano, existe una cantidad importante de botellas de las mismas características que han suscitado el presente proceso y que no corresponden a ninguna de las empresas que comparecen en el presente proceso. Esas botellas son de los consumidores. Mientras que la recurrente ha afirmado que su número alcanza aproximadamente unos 50 millones de botellas, Backus, sin negar esta afirmación, se ha limitado a aceptar que tal hecho se ha producido *“por desconocer que los mismos habían sido entregados en calidad de comodato”*^{331[20]}. Esto pone de manifiesto, de modo preliminar, que la decisión del poder judicial al momento de confirmar la medida cautelar otorgada en primera instancia, resulta cuando menos, poco diligente puesto que en los términos en que ha sido otorgada dicha medida, ha terminado por restringir también la posibilidad de intercambio de las botellas que los usuarios o distribuidores de cervezas podrían concertar con Ambev, sin que ello ponga en riesgo la propiedad de las botellas de Backus que se encuentran debidamente identificadas en cuanto al número.

46. Dicho esto, de inmediato debe también quedar establecido, que se trata de derechos potenciales o probables que no han sido debidamente acreditados en el trámite del presente proceso, por lo que el amparo no resulta ser la vía adecuada para pronunciarse en abstracto sobre una afectación o peligro de afectación de los derechos de propiedad de los usuarios o consumidores de cervezas, o incluso de algún eventual distribuidor que haya obtenido envases y desee intercambiarlo con botellas con contenidos de cervezas de propiedad de AmbevPerú. A ello debe añadirse el hecho que los titulares de dichos envases no han expuesto un interés actual y legítimo en la presente causa, requisito indispensable para otorgar tutela de un derecho a través del proceso de amparo.

^{331[20]} Pg. 20 del escrito presentado por Backus ante este Tribunal.

47. El Proceso de amparo no es pues un remedio procesal donde sea posible la apreciación en abstracto de las medidas y sus posibilidades de restricción como ocurre con el juicio de constitucionalidad de la Ley por ejemplo. Este extremo en todo caso será materia de pronunciamiento *in extenso* por parte de este Colegiado en el expediente N°..... donde debemos afrontar de modo directo los derechos de los usuarios y consumidores con relación a la medida cautelar en cuestión. Ello sin embargo, no constituye impedimento para que este Tribunal, valore este hecho al momento de analizar otro aspecto que en este punto resultará determinante. Nos referimos en seguida a la falta de congruencia de la medida cautelar y su incidencia en la violación del principio de proporcionalidad.

5.2. Falta de congruencia entre el proceso principal y aplicación del principio de proporcionalidad para solucionar el presente caso.

48. Quizá el argumento más relevante que ha presentado la empresa recurrente para cuestionar la decisión cautelar en su contra, lo constituye la afirmación según la cual ésta resulta incongruente con la finalidad que persigue en el proceso principal. De este modo, tal como han sido planteados los argumentos, mientras que AmbevPerú sostiene que existe incongruencia entre lo solicitado en el proceso principal (demanda declarativa de propiedad) y lo concedido en la medida cautelar, Backus sostiene que lo concedido por el juez se ajusta perfectamente a lo solicitado en el proceso principal, toda vez que también habrían solicitado,

“que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar nuestros envases para la producción o comercialización de su cerveza, sin nuestro consentimiento”^{332[21]}.

Esta aparente contradicción podría sin embargo ser fácilmente solucionada leyendo los petitorios concretos de la demanda en el proceso principal y luego contrastándola con los términos en que ha sido otorgada la medida. Sin embargo, este camino parece demasiado obvio y sencillo para evaluar lo que en realidad se cobija detrás de este argumento de la parte demandante.

49. En efecto, de una lectura literal de la pretensión planteada por Backus en el proceso principal, se desprende que mediante el proceso en referencia se solicita básicamente lo siguiente:

- a) Se declare a Backus propietaria de 88'330,000.00 de envases con las características ya aludidas.

^{332[21]} Página 19 del escrito presentado ante este Tribunal.

- b) Se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar dichos envases (“nuestros envases” se lee en la precisión del petitorio) (subrayado nuestro)
- c) Se ordene a las empresas, Distribuidora García S.A.C, San Ignacio S.A., Distribuidora Central del Norte S.A.C, Central del Sur S.A., y Europa S.A.C a no entregar o disponer la entrega de los envases en cuestión a personas ajenas a Backus sin autorización voluntaria de nuestra empresa, en particular a Ambev. (subrayado nuestro)
- d) Se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de los envases de Backus a terceras personas, en especial a AmbevPerú. (subrayado nuestro)

50. De la lista de pretensiones planteadas aparece con claridad que el propósito de Backus es preservar la propiedad de las 88’330,000.00 envases que reclama judicialmente, a efectos de que los mimos no vayan a caer en alguna red de distribución de AmvebPerú. En tal sentido, tal como se aprecia, no se cuestiona el que Ambev compre envases de las mismas características a las que son materia de conflicto, como en efecto parece haberlo hecho conforme se acredita con las facturas que se adjuntan en autos, y tampoco solicita que los usuarios o demás distribuidores no comprendidos en la lista de su tercera pretensión principal, o aquellas que en el futuro pudieran constituirse con dicho objeto, puedan llegar a un acuerdo comercial de intercambio de botellas con las botellas de propiedad de AmvebPerú.

51. Todas estas posibilidades no advertidas por el juez al momento de conceder la medida cautelar a favor de Backus, ponen de manifiesto la necesidad de ingresar a una análisis más estricto sobre las potestades cautelares y la posibilidad de afectación del principio de proporcionalidad a que está sujeto, en última instancia, todo poder en el Estado democrático. De este modo, el Tribunal considera que no es la congruencia procesal, que no siempre alcanza relevancia constitucional, la que debe analizarse en el caso de autos, sino la posibilidad de que la medida cautelar dictada haya violado el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, devenga en una decisión contraria a la Constitución por desproporcionada y porque además, una decisión judicial con tales características viola el principio de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3 de la Constitución.

5.3. Principio de proporcionalidad y control de las decisiones judiciales

52. El principio de proporcionalidad ha sido utilizado por este Tribunal en varias ocasiones, para controlar los límites constitucionalmente permitidos en la intervención de los derechos fundamentales por parte del legislador^{333[22]} (en el

^{333[22]} STC 045-2004-AI/TC

control de la constitucionalidad de la Ley), o de la administración^{334[23]} (para el caso del control de los actos y decisiones reglamentarias). Con relación a su imbricación constitucional, hemos sostenido que,

“Los principios de razonabilidad y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales”^{335[24]}.

En tal sentido este Colegiado ha señalado que,

“Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”^{336[25]}

53. En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención en uno de los principios o derechos en cuestión, es proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

54. En cuando al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar “si existen medios alternativos al optado”, en este caso por el Juez, que es quien ha

^{334[23]} STC 1803-2004-AA/TC

^{335[24]} STC, del Exp. 4677-2004-PA/TC, FJ 26º

^{336[25]} STC del Exp. 2235-2004-AA/TC, FJ 6, segundo párrafo.

tomado la medida. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”^{337[26]}

5.4. Aplicación del test de proporcionalidad al caso de autos

55. En el caso de autos, la adopción de una medida cautelar tiene como finalidad el preservar el resultado de un proceso al que se denomina *proceso principal*. En tal sentido, se trata de una finalidad legítima desde el punto de vista constitucional. De otro lado, al margen de que *supra* se haya establecido que en el caso no puede establecerse un pronunciamiento a favor del derecho de propiedad de los consumidores y usuarios de los envases que también han resultado afectados con la medida; en este punto, este Tribunal no puede ser ajeno al hecho, además admitido por ambas partes, que existen en el mercado más botellas de las que se señalan en la pretensión postulada por Backus en el proceso principal. Esto es, existen otros envases de botellas con las mismas características a las señaladas por Backus que también están siendo afectadas y que no son propiedad de Ambev. En consecuencia, se trata de establecer mediante el test de proporcionalidad, si la intervención en el derecho de propiedad, cuya titularidad si bien no puede ser establecida mediante este proceso; sin embargo resulta razonable atendiendo a los fines de dicha intervención.

Establecida la legitimidad constitucional de la intervención (asegurar los resultados del proceso principal), así como los derechos que están siendo afectados con la medida (propiedad y tutela jurisdiccional), este Tribunal considera pertinente someter dicha medida al test de proporcionalidad en los términos y procedimiento anunciados *supra*. En primer término, con relación a la idoneidad o adecuación, una medida cautelar es por naturaleza una medida procesal adecuada para lograr garantizar el cumplimiento de una sentencia. El proceso judicial, en cuanto instrumento para la realización de la justicia, tiene de este modo en las medidas cautelares una valiosa herramienta a la que no puede renunciar. Se trata como anotaba Chiovenda de garantizar que “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no se vuelva en contra

^{337[26]} STC del Exp. 045-2004-AI/TC FJ 39

de quien tiene la razón”^{338[27]}, o como lo ha señalado más recientemente el Tribunal Constitucional Español, las medidas cautelares,

“responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (...) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento”^{339[28]}

56. De este modo, “los instrumentos del instrumento” como ha denominado en célebre frase Calamandrei^{340[29]} refiriéndose a las medidas cautelares, gozan hoy en día no sólo de regulación procesal y consenso en la doctrina como un medio indispensable para compensar los estragos que puede generar, ya sea el transcurso del tiempo en los procesos judiciales, o la propia conducta procesal de las partes destinadas a dejar en la total ineficacia la decisión final en un proceso; sino que tras la constitucionalización de los derechos de justicia y en particular a partir de la relevancia constitucional de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares deben ser consideradas auténticas garantías constitucionales al servicio de la efectividad del proceso y la justicia.
57. No es este el lugar para detenerse a desarrollar los alcances del derecho a la tutela cautelar y su dimensión constitucional, baste decir en todo caso, que se trata de una garantía para la efectividad de la justicia y que tiene como sus titulares a quienes pueden constituirse en parte en un proceso, quienes pueden exigir la constitución de mecanismo procesales que sean eficaces para preservar la efectividad de lo que vaya a ser resuelto por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional, llegado el caso. Vista la dimensión constitucional y la finalidad que persigue, la adopción de una medida cautelar por parte del Juez, se trata a todas luces de una medida adecuada y por tanto idónea a la finalidad a la que se dirige.
58. Verificada que la finalidad es constitucionalmente legítima (garantizar el resultado del proceso) y que el medio utilizado para garantizar dicha finalidad legítima resulta idóneo (una medida cautelar); el siguiente paso, conforme ya hemos anunciado, supone analizar la necesidad de la medida. Como lo ha precisado Alexy, “los principios de idoneidad y de necesidad conciernen a la

^{338[27]} Chivenda, G. *Instituzioni di diritto processuale civile*, 2da. Edic., Vol. I, Napoli 1935, pág. 139

^{339[28]} STC Español N° 238 de 17 de diciembre de 1992, FJ 3°

^{340[29]} Calamandrei, P. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1945, pg. 45

optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible”^{341[30]}. Se trata, en el presente caso, de analizar las posibles alternativas con que contaba el Juez al momento de conceder la medida cautelar. Dichas posibilidades desde luego, no brotan de la imaginación en abstracto de este Colegiado, sino que han sido puestos de manifiesto por la propia recurrente, quien ha manifestado que,

“La pretensión de Backus en dicho proceso (se refiere al proceso principal) es que se le declare propietaria de 88’330,000 botellas de cerveza (“primera pretensión principal”) y que, como consecuencia de ello, el Poder Judicial emita determinadas órdenes que impidan a AmbevPerú utilizar ESOS envases (“Segunda, Tercera y Cuarta Pretensiones Principales”^{342[31]}).

Así ha podido constatar también este Colegiado y lo ha resumido en el fundamento 51° *supra*. Ahora debemos señalar que este es el marco, donde debemos fijarnos para determinar las opciones con las que contaba el Juez al momento de dictar la medida. No se trata como ya hemos adelantado, de un marco solo “procesal” para la actuación del juez, sino que alcanza relevancia constitucional en la medida que se demuestre que, en este punto, existían mecanismo menos restrictivos de los derechos de quienes han resultado afectados con la medida cautelar.

59. Si bien habíamos adelantado, que tratándose de la aplicación del sub principio de necesidad el análisis se centra en la *relación medio-medio*; ahora debemos precisar que aquí no vamos a comparar el medio (medida cautelar) con otros medios con que contaba el juez para garantizar la finalidad constitucional previamente identificada. El principio de necesidad supone, en este punto, la evaluación de la intensidad con que el medio elegido puede afectar los derechos en cuestión, a efectos de analizar si dicha intensidad podía ser morigerada o reducida por el Juez sin poner en riesgo la finalidad constitucional a la que intenta servir la medida cautelar dictada y, al mismo tiempo, sin afectar innecesariamente los derechos de otros titulares de botellas que no han participado en el presente proceso, pero cuya existencia ha sido debidamente acreditada en autos como se advertido *supra*. El control de la necesidad de la medida adoptada supone de este modo, como lo anota Gonzales Beilfuss, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, la demostración por parte de quien asume una decisión en el ámbito de los derechos fundamentales, de que no existe “alternativas más moderadas (o menos gravosas) para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad

^{341[30]} Alexy, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, traducción de René de la Vega, en Jueces y ponderación argumentativa, UNAM, 2006, pág. 2

^{342[31]} Punto 2.1 del escrito de demanda.

perseguida”^{343[32]}. La pregunta pertinente en este punto es entonces, ¿pudo el juez dictar una medida cautelar menos lesiva de los derechos sin afectar la finalidad a la que pretende servir la medida cautelar?

60. El Derecho Procesal, incluso antes que el Derecho Constitucional, ya intentó responder esta pregunta poniéndose también en la perspectiva de los derechos en cuestión. En este sentido, lo que desde una perspectiva procesal se conoce como principio de congruencia o, en la teoría cautelar como “principio de adecuación” o principio de mínima injerencia, sirve para delimitar las potestades cautelares del juez, ya que permite que la medida adoptada sea no sólo idónea a la finalidad que persigue, sino que al mismo tiempo no sea tan dañina que incluso cause mayores estragos al peligro de daño irreparable al que se intenta garantizar al adoptarla. En síntesis, el juez que adopta una medida cautelar, sabiendo de la omnipotencia de sus facultades, debe tratar de que la medida adoptada, no sólo se restrinja al ámbito del proceso principal, sino que dentro de las posibles alternativas que se presente (por ejemplo entre varios tipos de bienes posibles de afectar), debe optar por aquella fórmula que lesione menos los derechos de la persona o personas sobre las que va a recaer la medida. Desde una perspectiva constitucional, tales principios de las medidas cautelares son protegidas a través del principio de proporcionalidad y, en concreto, a través de los sub principios de idoneidad y necesidad. Se trata de optimizar las técnicas procesales de tutela de los derechos a efectos de garantizar la vigencia de los derechos no sólo de quien solicita una medida cautelar, sino también y con mayor rigor aún, de quien los va a sufrir.

61. En lo que atañe al caso de autos, la medida cautelar intenta garantizar un conjunto de pretensiones específicas contenidas en el expediente principal, las mismas que aparecen debidamente resumidas en el fundamento 51 *supra*, no obstante su concesión, a partir de una redacción defectuosa de la misma, termina por expandir sus efectos más allá de la finalidad a la que pretende garantizar. De este modo, mientras que la pretensión principal estaba delimitada a un número preciso de botellas de determinadas características, la medida cautelar restringe arbitrariamente toda posibilidad de “tomar posesión por cualquier título” de todas las botellas “existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”, lo cual como ha sido ya puesto de manifiesto, incluye no sólo las botellas cuya propiedad se reclama en el proceso judicial, sino también las botellas adquiridas por AmbevPerú, y la de los usuarios y otros distribuidores que puedan tener en su poder, por haberlos adquirido en el mercado. Más aún, ordena que Ambev, “se abstenga de

^{343[32]} Gonzales Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pg. 72

introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio de 620ml. de capacidad, color ambar....”. Este último aspecto no sólo no había sido solicitado en el proceso principal en tales términos, sino que termina por anular la libertad contractual de AmbevPerú con la fabricante de las botellas que no es Backus y que tampoco participa del proceso en cuestión.

62. En consecuencia, por los términos en que ha sido adoptada la medida cautelar bajo análisis, al no haber delimitado adecuadamente el ámbito de la afectación en función de la finalidad a la que se orienta, ha terminado por afectar de modo innecesario el derecho de propiedad de la empresa recurrente violándose al mismo tiempo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución, así como los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

- 1) Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, en consecuencia NULA la resolución N° 01 de fecha 9 de diciembre de 2004, emitida por el 26° Juzgado Civil de Lima, así como su confirmatoria de fecha 18 de mayo de 2005, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima.
- 2) **DISPONE** que el Juez *a quo*, evaluando las nuevas circunstancias y el avance del proceso principal, disponga si considera aún pertinente, la concesión de una nueva medida cautelar adecuada a la finalidad del proceso principal y sin caer en el exceso que ha sido censurado por este Tribunal, bajo apercibimiento de ser pasible de las medidas de coerción a que se refiere el artículo 22° y 59° del Código Procesal Constitucional en lo que resulte aplicable .

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI
BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**EXP.1209-2006-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA CERVERCERA
AMBEV PERÚ S.A.C.**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Hago mío el voto del señor Magistrado Vergara Gotelli, agregando:

1.- Que en la resolución que expide este Tribunal, no se formula ninguna apreciación sobre el tema de fondo que es materia del proceso judicial que se ventila ante el 26º Juzgado Especializado Civil de Lima, proceso del cual derivan las medidas cautelares materia de este proceso.

2.- En tal virtud, y en razón de lo anteriormente expuesto, las partes en litigio en virtud del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no reciben ningún derecho que las acredite o les confiera la calidad de propietarios de las botellas de cerveza existentes en el mercado y por cuanto tal situación se encuentra pendiente de pronunciamiento ante el 26º Juzgado Especializado Civil de Lima, como se ha expresado anteriormente.

3.- Se debe expresar que las medidas cautelares deben igualmente respetar los derechos constitucionales de las partes en el proceso, razón por la cual, cuando eso no ocurra con una medida cautelar, que haya adquirido firmeza, pero agravie algún derecho constitucional, esta resulta controlable en proceso constitucional.

4.- En tal situación, la sentencia que se expide en el presente proceso, reafirmando la protección de los derechos constitucionales, permite delimitar cuales son los ámbitos de actuación de la jurisdicción constitucional y cuales los que corresponden a la jurisdicción ordinaria.

5.- De esta manera queda claro que el Amparo no es una instancia adicional para revisar todas las decisiones judiciales que contengan vicios o errores de hecho o de derecho. Por el contrario, se trata de un proceso de tutela jurisdiccional de urgencia, que, según lo dispone el art. 4º del Código Procesal Constitucional, procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva y por lo que en base a tales apreciaciones, la presente demanda debe ser declarada FUNDADA

S.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

EXP. 01209-2006-AA/TC

LIMA

COMPAÑÍA CERVECERA

AMBEV PERÚ S.A.C.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL DR. JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito este Fundamento de Voto con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por las consideraciones siguientes:

1. En los fundamentos del 13 al 16 de la sentencia se afirma que a efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo, debe superarse el rechazo liminar de la demanda declarada por las instancias inferiores en aplicación del artículo 20.º del Código Procesal Constitucional, argumento que no comparto por estimar que el referido artículo se aplica cuando la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, y no cuando se incurre en error.
2. En efecto, si se afirma que las instancias precedentes no debieron rechazar *in límine* la demanda pues en autos obran suficientes elementos de juicio que permitirían un pronunciamiento sobre el fondo, los que debieron ser merituados suficientemente, lo que se ha producido es un error *in judicando* y no un vicio procesal, por lo que la corrección por este Tribunal, a partir de la revocatoria de la decisión cuestionada, es reexaminar la argumentación en la que se apoya la instancia inferior y disponer luego la admisión a trámite de la demanda rechazada *ab initio*, aplicándose al efecto el artículo 427, *in fine* del Código Procesal Civil.
3. Suele definirse la nulidad como la sanción de invalidación que la ley impone a determinado acto procesal viciado, privándolo de sus efectos jurídicos por haberse apartado de los requisitos o formas que la misma ley señala para la eficacia del acto. Es importante dejar establecido que la función de la nulidad en cuanto sanción procesal no es la de afianzar el cumplimiento de las formas por la forma misma, sino la de consolidar la formalidad necesaria como garantía de cumplimiento de requisitos mínimos exigidos por la ley. Por tanto, es exigible la formalidad impuesta por la ley y detestable el simple formalismo por estéril e ineficaz.
4. En el presente caso, se afirma que resulta viciada de nulidad la resolución (auto) que calificó la demanda de amparo, lo que implica afirmar que no se cumplió con respetar los requisitos formales establecidos en la ley para la emisión de dicho acto procesal, sin explicar cuál es el referido vicio procesal en el que habrían incurrido las instancias inferiores al emitir las resoluciones (autos) de calificación de la demanda por los que, motivadamente y en ejercicio de autonomía, explican fundamentos de fondo que los llevaron al rechazo liminar.
5. Podría considerarse, por ejemplo, que el acto procesal de calificación de la demanda lleva imbibido un vicio de nulidad cuando se emite una resolución que no corresponde al caso (decreto en lugar de un auto), o porque no se cumple con la forma prevista (no fue firmada por el Juez), o porque la resolución

emitida no alcanzó su finalidad (no admitió ni rechazó la demanda), o porque carece de fundamentación (no contiene los considerandos que expliquen el fallo). Pero si se guardan las formas en el procedimiento y el acto procesal contiene sus elementos sustanciales, lo que corresponde ante una apelación contra ella es que el superior la confirme o la revoque.

6. Si afirmamos que el auto apelado es nulo, su efecto sería el de la invalidación de todos los actos subsecuentes y, entre estos, el propio auto concesorio de la apelación, la resolución de segunda instancia y el concesorio del recurso de agravio constitucional, resultando implicate afirmar que es nulo todo lo actuado y, sin embargo, eficaz el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que precisamente resulta posible por la dación de dichas resoluciones.
7. Por estas razones, considero asimismo que no resulta aplicable el artículo 20.º del Código Procesal Constitucional al caso de autos, pues **no se trata de sancionar como vicio lo que significa una consideración de fondo, distinta y opuesta (revocatoria) a la que sirvió de fundamento para la dación del auto que es materia de la revisión.**
8. Por consiguiente, estimo que no existe vicio para la aplicación del artículo 20 del Código Procesal Constitucional, por lo que la decisión del Tribunal Constitucional debe contener, primero, la aceptación de los fundamentos del recurso de agravio constitucional y, revocando el auto apelado dar por admitida la demanda y luego pronunciarse sobre el fondo en razones de urgencia.
9. En cuanto a la firmeza de la resolución impugnada, debe tenerse presente que el cuestionamiento del recurrente está dirigido al cumplimiento de los requisitos presentes al momento de otorgarse la referida medida cautelar, decisión que luego de ser confirmada por el superior ha quedado firme. En ese sentido, no es el Proceso Cautelar el que tiene la calidad de firme, sino la resolución emitida dentro de él, con lo que se cumple con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional para su trámite.

S.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

**EXP. N.º 1209-2005-PA/TC
LIMA
COMPAÑÍA CERVECERA
AMBEV PERU S.A.C**

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS ALVA ORLANDINI Y LANDA ARROYO

Con el debido respeto, emitimos el presente voto discrepando de la opinión vertida por los magistrados que constituyen mayoría, por las razones que detallamos a continuación:

1. Con fecha 12 de julio de 2005, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los vocales de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y el juez del Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando se declare la nulidad de las Resoluciones N.º 8, de fecha 18 de mayo de 2005, y N.º 1 de fecha 9 de diciembre de 2004, expedidas, respectivamente, por los mencionados órganos. Refiere que la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (Backus) interpuso demanda ante el Vigésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima contra la compañía recurrente, solicitando: a) que se declare a Backus propietaria de 88'330,000 envases de vidrio; b) que se declare que Ambev no tiene derecho a utilizar sus envases, sin que medie una autorización; c) que se ordene a las empresas García S.A, Distribuidora del Norte S.A.C, Central del Sur S.A y Europa S.A.C, no entregar o disponer sus envases a personas ajenas; d) que se declare que INDECOPI no puede disponer la entrega de sus envases.
2. Alega la recurrente que con la finalidad de garantizar el resultado del proceso principal, la propia empresa Backus, solicitó medida cautelar, la misma que fue concedida mediante la Resolución N.º 1, de fecha 9 de diciembre de 2004, ordenando: a) que la compañía se abstenga de tomar posesión por cualquier título de los envases de vidrio existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva el proceso principal; b) que se abstenga de introducir en el mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio referidos, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso; c) que se ordene que la compañía se abstenga de intercambiar, por sí misma o por intermedio de terceros, botellas iguales a las descritas. Posteriormente la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la Resolución N.º 8, de fecha 18 de mayo de 2005, confirma la apelada.

A su criterio, dichas resoluciones vulneran sus derechos a la libertad de contratación, empresa, comercio e industria, a la tutela procesal efectiva, concretizada en su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, así como la observancia de los principios de proporcionalidad y congruencia en el otorgamiento de la medida cautelar.

3. Mediante Resolución s/n de fecha 5 de setiembre de 2005, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que sólo procede demanda de amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso irregular, donde se verifica vulneración de la tutela procesal efectiva que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, y que lo que realmente se pretende cuestionar en el presente proceso es lo resuelto por las instancias ordinarias.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que sólo procede la demanda de amparo contra resoluciones judiciales firmes y definitivas, y no contra una medida cautelar que tiene por característica la provisionalidad y variabilidad a través del uso de medios impugnatorios. Además, arguyó que resultaría inconstitucional que el juez constitucional se inmiscuya en un proceso en trámite.

4. Que las instancias judiciales precedentes han esgrimido como argumento central de rechazo de la demanda que en el trámite de una medida cautelar no se estaría ante una resolución firme y definitiva, en atención a que constituye una característica consubstancial a toda medida cautelar que ésta sea provisional y, por tanto, variable en el tiempo.
5. En principio, no compartimos el criterio señalado, pues tal como ha sido sustentado por la parte demandante, una cosa es que una decisión, expresada a través de una resolución judicial, tenga carácter firme en tanto reviste la calidad de inatacable mediante los recursos procesales previstos; y otra, que la medida cautelar pueda variar en el futuro. La recurrida consideró que en tanto las medidas cautelares no son inmutables (pues siempre existe la posibilidad de su variabilidad por tratarse de medidas provisionales), *ergo* no cabe su control a través del proceso de amparo, ya que, conforme al artículo 4.º del Código Procesal Constitucional (CPConst), para que ello suceda debe tratarse de “resoluciones judiciales firmes”.

La categoría de resolución firme, en nuestra opinión debe ser comprendida al margen del trámite integral del proceso cautelar, pues ello permite que incluso un auto, y no sólo la sentencia que pone fin al proceso, pueda merecer control por parte de la jurisdicción constitucional. La condición es que en dicho proceso se haya generado una decisión firme, esto es, una situación procesal en la que ya no es posible hacer prosperar ningún otro recurso o remedio procesal para revertirla.

Una interpretación contraria llevaría al absurdo de que, por ejemplo, una medida cautelar como la detención preventiva en los procesos penales, no pueda ser controlada por el juez constitucional a través del proceso de hábeas corpus o incluso, dependiendo de la naturaleza del agravio, a través de

cualquier otro proceso constitucional que tenga por finalidad preservar el derecho fundamental en cuestión. No es, pues, la naturaleza provisional o transitoria de la medida cautelar lo que determina que prospere o no una demanda planteada en su contra en un proceso constitucional, sino la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto algún derecho fundamental, y que el afectado haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión, o resolución judicial, sea una que haya adquirido firmeza en su trámite procesal.

6. Que, de otro lado, con la intención de sustentar una supuesta afectación a la libertad de contratación, la recurrente ha sostenido, básicamente, que la prohibición de intercambiar los envases de cervezas objeto de la medida cautelar afecta la relación contractual con sus clientes, puesto que, según sostiene,

En el sistema de intercambio imperante en el mercado cervecero peruano, el intercambio se produce entre productores y consumidores, de manera que cualquier productor de cerveza (como AmbevPerú) debe poder intercambiar sus botellas de cerveza (que no son las discutidas por Backus) con las que son de propiedad de los consumidores. Por ende, ese intercambio, en el que no participa de modo alguno Backus (ni “sus” botellas), no puede ser legal ni judicialmente impedido^{344[33]}

A este respecto, opinamos que el amparo no es la vía adecuada para un pronunciamiento de fondo sobre este aspecto, puesto que para determinar una eventual afectación del derecho a la libertad de contratación sobre las botellas de cerveza objeto de la medida cautelar, es indispensable que la naturaleza del título jurídico que sobre ellas ejercen sus portadores (propiedad, comodato, etc.) se encuentre plenamente dilucidada. No obstante, es justamente dicha naturaleza la que actualmente se encuentra en debate en la jurisdicción ordinaria.

Resulta pertinente señalar que este Tribunal, en anterior jurisprudencia, ha subrayado que la jurisdicción constitucional no es sede en la que corresponda discutir la titularidad del ejercicio de derechos. En ella tan sólo se protegen los derechos constitucionales cuya titularidad o pleno ejercicio no se encuentra en abierto entredicho. En efecto, en referencia al proceso de amparo, este Colegiado tiene expuesto que

“(…)mediante este proceso no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio. Ello supone, como es obvio, que quien solicita tutela en esta vía mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado.

^{344[33]} Cfr. Escrito de demanda, punto V.3

De ahí que este remedio procesal, en buena cuenta, constituya un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional.^{345[34]}

En otras palabras, tanto la titularidad del derecho constitucional como la acreditación de la existencia del acto reclamado, son presupuestos procesales consubstanciales a los procesos constitucionales *de la libertad*, razón por la cual la inexistencia de alguno de tales requisitos determina la imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido.

7. Con relación a la supuesta afectación de los derechos fundamentales a la libertad de empresa, industria y comercio, la demandante sostiene lo siguiente:

La afectación a nuestras libertades de empresa, comercio e industria también es manifiesta, pues la resolución judicial mencionada, al impedirnos realizar los contratos antes aludidos, restringe arbitrariamente el ejercicio de nuestras legítimas actividades empresariales^{346[35]}.

Sobre el particular compartimos parcialmente, la perspectiva de la recurrente, en cuanto afirma que sus libertades de empresa, comercio e industria sólo podrían considerarse vulneradas a consecuencia de la efectiva constatación de la vulneración de su derecho a la libertad de contratación. Empero, como quedó dicho, no existen los presupuestos necesarios para que la jurisdicción constitucional ingrese a valorar si existe o no dicha afectación, lo que impide, a su vez, el cumplimiento de una de las condiciones previas para dilucidar una eventual lesión a las libertades de empresa, comercio e industria, reconocidas en el artículo 59.º de la Constitución.

8. Asimismo, la demandante ha sostenido que la medida cautelar afecta el derecho de propiedad de los usuarios y consumidores ejercida sobre las botellas de cervezas que obran en su poder.

A este respecto consideramos que la determinación de las personas o entidades que pudieran ejercer un derecho de propiedad sobre las botellas que cumplen las características descritas en la resolución judicial que concede la medida cautelar, es un asunto que escapa a las competencias de la jurisdicción constitucional, no sólo porque, tal como ha quedado establecido, en ella no se declara la titularidad en el ejercicio de los derechos constitucionales, sino que se protege aquellos que no se encuentren en franca controversia, también porque, tal como dispone el artículo 9.º del CPConst., el proceso constitucional carece de etapa probatoria.

9. Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, debemos hacer notar que este caso se refiere a uno de los ámbitos jurisdiccionales donde se ha trasladado lo que

^{345[34]} Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 3.

^{346[35]} Cfr. Recurso de agravio constitucional, obrante a fojas 117 de autos.

en el mercado industrial peruano se conoce como la “guerra de las cervezas”. En efecto, es de público conocimiento que desde hace algunos años las empresas involucradas han llevado sus diferencias y controversias ante el INDECOPI y el Poder Judicial - tanto en sede judicial ordinaria como constitucional- en pleno ejercicio de sus derechos. Sin embargo, se debe tener presente que uno de los principios generales de nuestro régimen económico es la libre competencia (artículo 61.º de la Constitución). La competencia es el motor de nuestra Economía Social de Mercado (artículo 58.º de la Constitución), pero aquella no solo debe ser libre sino leal entre los competidores y en beneficio de los consumidores. De ahí que los agentes económicos también tienen el derecho y el deber de llegar a fórmulas de autocomposición y arreglo de sus diferencias – sin afectar la libre competencia ni el ordenamiento constitucional y legal - fuera del ámbito jurisdiccional, a fin de no prolongar innecesariamente la solución de un problema que *prima facie* puede ser resuelto en el ámbito del mercado.

10. Finalmente, la recurrente alega una supuesta afectación de su derecho fundamental a la tutela procesal efectiva y, concretamente, a obtener una resolución fundada en derecho, sosteniendo que existiría una incongruencia o falta de adecuación entre la pretensión principal, planteada en el proceso ordinario, y la medida cautelar concedida a favor de Backus.

A nuestro juicio, la sola falta de correspondencia entre lo ordenado a través de una resolución cautelar y la pretensión en el proceso principal, no es mérito suficiente para declarar la nulidad de aquella, puesto que ello supondría una inaceptable intromisión de la jurisdicción constitucional en el marco de las amplias competencias que ejerce la jurisdicción ordinaria al momento de determinar las medidas que, a su criterio, y bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, corresponden dictarse para asegurar el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones judiciales.

Dicho de otro modo, para que se pueda determinar la invalidez constitucional de una medida cautelar, no basta con evidenciar la falta de adecuación formal entre el petitorio principal y la orden cautelar, sino que es necesario acreditar de modo *fehaciente*, la afectación constitucional a la que dicha inadecuación da lugar. Y como ha quedado establecido en el presente auto, la recurrente ha incumplido una serie de presupuestos procesales inherentes a la excepcional naturaleza de los procesos constitucionales, lo que ha impedido ingresar a valorar si las resoluciones judiciales cuestionadas afectan o no sus derechos constitucionales.

Así las cosas, es pertinente traer a colación la denominada “fórmula Heck”, utilizada desde hace varias décadas por el Tribunal Constitucional Federal alemán, para trazar la línea divisoria entre las competencias de la jurisdicción constitucional y la ordinaria:

La estructuración del proceso, la determinación y valoración de los elementos de hecho, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación a los casos individuales son asuntos de los tribunales competentes para tal efecto, y se encuentran sustraídos de la revisión posterior por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de la violación de un derecho constitucional específico por parte de un tribunal, puede el Tribunal Constitucional Federal entrar a conocer el asunto (...). [L]os procesos de subsunción normales dentro del derecho ordinario se encuentran sustraídos del examen posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se aprecien errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. (*BverfGE* 18, 85 —sentencia del 10 de junio de 1964—).

11. En resumidas cuentas, siendo que la dilucidación de la naturaleza de los títulos que se ejercen sobre las ya mencionadas botellas de cerveza es un asunto que corresponde ser ventilado en la jurisdicción ordinaria, no se verifican los presupuestos procesales necesarios para que se emita una sentencia de mérito en la presente causa.

Por las razones expuestas, nuestro voto es por que se declare improcedente la demanda.

S.

ALVA ORLANDINI

LANDA ARROYO